TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XI

z

Direito Aquisição das Coisas: Propriedade. da propriedade imobiliária.

Q.

$_^2$

LIVRO III

ci

PRIVADO

DIREITO DAS COISAS

TITULO II

PROPRIEDADE

Parte 1

CAPITULO 1

CONCEITO DE PROPRIEDADE

§ 1.158. *Conceito de direito e* de Di *reito subjetivo*. 1. Regra juridico e eficácia dos fatos jurídicos 2. Remédio processual.

§ 1.159. Relação Jurídica . 1.Relação fáctica. *2. Relação Juridica*. 3.Relação Jurídica Real

§ 1.160. *Sujeitos de direito e pluralidade .1 Unissubjetidade e Prurissunjetividade . 2. Condomínio. Com posse e Co-Herança.*

§ 1.161. *Conceito de propriedade 1*. Propriedade e Dominio 2. Domínio e direitos reais limitados. 3. Precisão sobre o conceito de domínio. 4. Propriedade privada, propriedade pública.

§ 1.162. *Conteúdo do direito de propriedade 1*. Poderes contidos no direito de propriedade 2. Limitação positiva e Limitação negativa .3.Extensão espacial da propriedade. 4. Direitos e Pretensões a indenização. 5. Coisa e Propriedade . 6 Direitos reais e subjetividade passiva. 7. Frutos .

CAPITULO II

PROPRIEDADE E ESFERA ALHEIA

§ 1.163.Limitações e Restrições . 1. Configuração e limitação 2. Vizinhança e Limitações 3. Restrições negociais 4.

Mau uso. 5.Natureza da decisão 6. Exceção de maior interesse.

§ 1.164. *Limitações ao contesto do direito de propriedade.* 1. Espécies de limitação. 2. Proibições, exigências e direito público.3.Limitações e limitação no tempo. 4. Garantia constitucional do direito de propriedade

§ 1.165. *Abuso do direito de propriedade* 1. Concepção absolutista.2.Concepção relativista. 3. Síntese. 4. ônus da prova

§ 1.166. *Completa o da propriedade.* 1. Principio de elasticidade. 2.Servidões e liberação PARTE II

Conceito de Propriedade imobiliária

CAPITULO III

DOMÍNIO

§ 1.167. *Propriedade domínio.* 1. Conceito. 2. Domínio e propriedade. 3. Conceito de domínio. 4. Unitariedade do conceito de domínio. 5. Conteúdo do domínio. 6. Elemento do domínio. 7. Direito à substância

§ 1.168. *Objeto do domínio.* 1. Corporiedade do objeto. 2 Coisas que o domínio abrange. 8. Perecimento do objeto

§ 1.169. *Conceito histórico de domínio.* 1. Historicismo e apriorismo. 2.Formação histórica das categorias jurídicas: Romanos e Godos; Árabes e Reconquista

§ 1.170 . *Á* categoria *jurídica segundo o sujeito do direito.* 1. Reguengos. 2. Julgaria. 3. Contos e honras. 4.

Morgados.5.Lei das sesmarias. 6. Lei da avoenga

§ 1.171. D *ireito ao antes do Código Civil.* 1. Direitos reais limitados, antes do Código Civil. 2. Elementos histórico .

3.Propriedade plena e não plena

§ 1.172. *Comunhâo,* compro *prtedade, coiidomCnio.* 1. Comunhão e

condomínio. 2. O. três conceitos: comunhão, compropriedade, condomínio. 3. Comunhão —pro divisa‖

§ 1.173. *Construções ontológicas do condominio.* 1. Concepções da indivisão. 2. Precisão conceptuais. 3. Exame das teorias

§ 1.174. *Critica posição relativa o.* 1. Critica. 2. Posição científica

§ 1.175. *Literatura não brasileira brasileira.* 1. Teoria da propriedade limitada. 2. Teoria da anormalidade

§ 1.176. *Contribuições das velhas teorias.* 1. Dados para a solução do problema. 2. Dividiu o natural e idealidade das partes. 3. Divisibilidade e indivisibilidade jurídicas. 4. —In solidum‖ e 49 —pro parte‖

§ 1.177. *Construção cientifica do condomínio.* 1. Relações jurÍdicas e divisibilidade dos direitos. 2. Ações de divisão e de partilha

CAPITULO IV

DIREITOS REAIS LIMITADOS

§ 1.178. *Direitos reata.* 1. Fixação de conceitos. 2. Conceitos infixados mas fixáveis. 8. —Numerus clausum‖ dos direitos reais.

4.Classificação segundo o conteúdo. 5. Classificação quanto ao objeto. 6. Classificação segundo a titularidade. 7. A chamado confusão de titularidade. 8. Dicotomia segundo a titularidade .

§ 1.179. *Direito a sobre coisa intercomporal* 1. Propriedade sobre bens imateriais. 2. Propriedade literária, cientifica e artística. 3.Energias e propriedade

§ 1.180. *Direitos reais sobre a coisa própria.* 1. —Nuili res sua servit‖. 2.Posição e discussão do problema CONCEITO E NATUREZA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

§ 1.181. § 1.182. *Conceito de bem imóvel e de prédio.* 1. Conceito de bem. 2.Direito imobiliário e direito predial 73 *Objeto doa direitos reais.* 1. Direitos reais. 2. Objeto de direito e coisa. 3. Identidade da coisa. 4.

Objeto de domínio. 5. Coisas imóveis. Prédios. Solo e outras partes. 6.Dimensões da propriedade.

CAPITULO II

PARTES DO PRÉDIO E PERTENÇAS

§ 1.183. *Partes integrante 3 do prédio.* 1. O que é parte integrante. 2.Conexão corporal. 3. Parte integrante essencial.

4. Edifício. 5. Construção e unidade. Parte integrante não-essencial. 6. Partes integrantes essenciais e direitos separados. 7.Comunhão *pro divisão.* 8. Peças de embutimento ...

§ 1.184. *Conceito de pertença.* 1. Pertinencialidade. 2. Acessório e pertença. 3. Formação do conceito de pertença. 4

Mudança da destinação

§ 1.185. *As pertenças do 8 prédios.* 1. Conceito de pertença do prédio. 3.A pertença e a coisa principal. 3. Coisa desmontável. 4.Pertença e comunhão. 5. Fim e efetividade. 6. Parte integrante e pertença. *7.* Pertenças do edifício de apartamentos e pertenças do apartamento. 8. Direito romano e direito comum

§ 1.186. *Afirmação e prova das pertenças.* 1. ônus de afirmar e ônus de provar. 2. Transitoriedade da destinação

§ 1.187. *Pertenças dos templos.* 1. Objetos. 2. Existência e independência

§ 1.188.sen *tença de "objetos" que não são coisas.* 1.Pertenças de direitos. 2. O Código Civil, art. 1.706

§ 1.189. *Coisa e secundárias; frutos, produtos, rendimento.* Parte integrante, conceito romano; acessório, conceito germânico, medieval. 2. nessoriedade. 3. Fontes da relação de acessoriedade. 4. Código Civil, arts. 61 e 59. 5. Coisa separada parte. 6. Entendimento do art. 61 do Código Civil. 7. O art. 59 é *dispositivo.* 8. ═Accessorium sequltur naturam sui principalis.‖ 9. O que são frutos. 10. A relação de

frutificação. 11. Espécies de frutos. 12. Teoria dos frutos. 13.Separação. 14. Código Civil, art. 60. 15. Arrematação e Aquisição da Propriedade imobiliária CAPITULO 1

CONCEITO E ESPÉCIES DE AQUISIÇÃO

§ 1.190. § 1.191. *Conceito de aquisição de direito.* 1. Fato jurídico da aquisição. 2. Sucessão *Causas de aquisição no direito brasileiro.* 1. Código Civil. 2.Aquisição originária e aquisição derivada. 3. Erros na conceituação. 4. Método de exposição. 5. Análise dos modos de adquirir. 6. Ordem das matérias. 7. Poder de aquisição. 8. A espécie da Constituição de 1946, art. 156.

USUCAPIÃO

§ 1.192. Aquisição da propriedade imóvel por usucapião. . 1. Não se adquire, pela usucapião, —de alguém‖. 2. A usucapião no Código Civil. 3. Requisito, da usucapião. 4. Se o art. 490, parágrafo único, incide em matéria de usucapião

§ 1.193. *Suspensão e interrupção do prazo de usucapião.* 1. Remissão às regras jurídicas Sobre preadição. 2.

Suspensão. 8. As tautologias do art. 170. 4. Interrupção

§ 1.194. *"Successio in usucapionem"* 1. Morte e usucapião. 2. Sucessor universal entre vivos 3. —Successio in usucapionem‖ no direito brasileiro

§ 1.195. *"A ecessio possessionis".* 1. Posse e acessão pretória. 2. —Accessio possessionis‖, fora da proteção da posse.

3. —Accessio possessionis‖ na usucapião, segundo o direito brasileiro

§ 1.196. *Pressupostos da usucapião por tempo longo.* 1. Conteúdo do art. 550 do Código Civil. 2. Usucapião e prescrição ..

§ 1.197. *Pressupostos da usucapião por tempo breve.* 1—Tempus‖,—bona fides‖, —titulus justus‖. 2. —Res habilis‖3.

Boa fé.4.Justo titulo

§ 1.198. *Ação de usucapião.* 1 Ação de usucapião. 2 Processo.3.Eficácia da sentença. Efeito mandamental5. Posse própria mediata

CAPITULO III

ACESSÃO E SUAS ESPÉCIES

§ 1.199. *Aquisição da propriedade imóvel pela acessão.* 1. História da coisa, história dos titulares e acessão. 2. O

Código Civil, art. 536 (os casos de acessão). 3. Acessão e fato natural

§ 1.200 . *llhas natas.* 1. Conteúdo do Código Civil, art. 537. 2.Ilha entre ilha e margem do rio. 3. Águas públicas e águas particulares. 4. Fundamento da aquisição das ilhas e ilhotas

§ 1.201. *Aluvião.* 1. Aluvião e álveo dos rios. 2 Lagos, tanques e outras águas dormentes

§ 1.202 *Avulsão.* 1. Conceito e suporte fático. 2.Composição do avulso. 3. Elementos romano e germânico.4.

Aderência e tempo. 5. Conteúdo do art. 542 do Código Civil .

§ 1.203. *Aderência. natural e avulsão.* 1. —Coalitio‖. 2. Decreto n. 24 643, de 10 de julho de ~934, arts. 19-22171

§ 1.204. *A vulsão e indenização pelo ao proprietário do prédio avolto.* 1.Conteúdo do art. 541. 2. Dano ao outro prédio

§ 1.205. *Abandono de álveo.* 1. Álveo abandonado. 2. Rios públicos. 3.Conteúdo do art. 544, 2. parte

§ 1.206. *Aquisição da propriedade pela edificação e pela plantação.* 1.Modos originários de adquirir. 2. Espécies. 3.

Concepções filosóficas —inaedificatio‖, —plantatio‖ e —satio‖. 4. —Superficies solo cedit‖. 5. Conteúdo dos arts. 547-549 do Código Civil. 6. Reserva de domínio e acessão. 7. —Quod solo inaedificatur solo cedit‖. 8. Incorporação e art.

43, III, do Código Civil. 9. Momento da aquisição

§ 1.207. *Se terreno e materiais são do mesmo dono.* 1 Matéria e idéia. 2. Abuso do direito

§ 1.208. *Se o* dono *do terreno constrói com material alheio.* 1. Conjunção. 2. Influência estóica. 3. WÀCHTER, G.

DEMELIUS, A.BECHMANN, B. WINDSCHEIO. 4. Princípio antitético. 5.Acessão do edifício

§ 1.209. *Se o dono dos materiais constrói em terreno alheio.* 1. Problema de técnica legislativa. 2. —A ‗priori‖, quais as soluções. 3.Direito romano. 4. Proposições de A. BECHMANN, J. KOHLER, Maw Fwan e MANUEL DE

ALMEIDA E SOUSA. 5.Outros juristas. 6. Código Civil, arts. 547-549. 7. Má fé e acessão

§ 1.210. *Trabalho em conjunto.* 1. Sem contrato. 2 Contrato

§ 1.211. *Obra feita pelos condôminos.* 1. Nunciação de obra nova.2.Ações intentáveis CAPITULO IV

AQUISIÇÃO PELA TRANSCRIÇÃO

§ 1.212. *Aquisição da propriedade imóvel pela transcrição.* 1. Código Civil, art. 531. 2. Código Civil, arts. 856 e 857. 3. O Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939. 4. Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937. 5.

Constituição de 1946, art. 156, § 8.0. 6. Decreto n. 24.150, de 20 de abril de 1934. 7. Decreto-lei n. 96, de 22 de dezembro de 1937 (Distrito Federal)

§ 1.213. *Conceito do registro* 1. Principio de publicidade. 2 Fé pública. 3. Eficácia da transcrição

§ 1.214. *Registro de imóveis.* 1. O que é registro de imóveis. 2 Translação e registro

§ 1.215. *Registrabilidade e necessidade de registro.* 1. Limitações e

restrições; direitos registáveis. 2. Doação

—causa mortis‖. 3.Servidões

§ 1.216. *Direito registrario material e formal* 1 Eficácia real 2.Juizes e oficiais do registro de imóveis

§ 1.217. *Propriedade e registro.* 1. Origem germânica do registro de imóveis. 2. Registros dotados de fé pública. 3.

Terras devolutas e registro. 4. O direito imobiliário a partir de 1864

§ 1.218. *Irregistrabilidade.* 1. Reshabilis‖; registro e inseribilidade do imóvel. 2. Direitos não suscetíveis de registro.

3. Principio da eficácia do registro. 4. Contradição entre registros

§ 1.219. *Princípio da continuidade do registro.* 1. Origens do principio da continuidade do registro. 2. Regra jurídica instrucional. 3.Sucessão universal e falta de registro de imóvel. 4. Técnica legislativa e princípio da continuidade do registro. 5.Alienação da coisa pelo condômino e registro. 6. Eficácia da transcrição e imprecisão dos juristas. 7.

Alienação em contradição com o registro .

§ 1.220. *Data do registro.* 1. Cronologia dos registros. 2. Principio de prioridade do mais antigo direito registrado. 3.

Dúvida quanto à registrabilidade. 4. A quem aproveita a transcrição

§ 1.221. *Principio da publicidade.* 1. Existência e publicidade. 2. Publicidade pelo registro de imóveis. 3. limitação da publicidade.

§ 1.222. *Presunção de ser titular do direito.* 1. Presunção e fé publica. 2. Aquisição da propriedade imobiliária e registro.. 3.Se há no art. 859 do Código Civil somente regra legal de prova. 4. O que é que se presume no art. 859 do Código Civil. 5. De que principio jurídico deriva a fé pública. 6. Alcance da fé publica. 7. Titulo e registro; título putativo. 8.Relevância do *art.* 859 do Código Civil. 9. A presunção do art. 859 do Código Civil e seu objeto. 10.

Ônus de alegar e provar, frente à presunção do art. 859 do Código

Civil

§ 1.223. *A presunção do art. 859 do Código Civil.* 1. Limitações e restricões. 2. Direitos não-registáveis. 3. Valor instrumental. 4. Relações de direito, e não fatos. 5. A quem aproveita a presunção. 6. No processo. 7. Pro va que o registro faz. 8. Elisão da presunção

§ 1.224. *Transcrição, presunção e fé pública.* 1. Eficácia e conseqüências da transcrição. 2. Conteúdo do art. 859 do Código Civil; relações jurídicas e presunção

§ 1.225. *Fé pública.* 1. Conceito de fé pública. 2. Limites da fé pública (disposição oriunda de negócio jurídico). 3.

Proteção oriunda da fé pública. 4. O que significa a fé pública. 5.Terceiro adquirente e fé pública. 6. Terceiro e inscrição do processo de retificação. 7. Extinção da ação de retificação. 8. Transcrição e aquisição da propriedade imobiliária. 9.Suporte fático da aquisição da propriedade imobiliária pela transcrição

§ 1.226. *Transcrição e inscrição.* 1. Os dois conceitos (transcrição e inscrição), no direito brasileiro. 2. Principio da transcrição. 3.Provocação do registro; legitimação ativa. 4. Principio do consenso. 5. Princípio da especialidade. 6.

Principio da prioridade. 7. Enunciados de fato

§ 1.227. *Requisitos das transcrições.* 1. Transferência da propriedade imóvel. 2. Decreto n. 4.857, art. 248. 3.

Decreto n. 4.857, art. 244. 4. Principio da continuidade temporal das transcrições. 5. Transferências subsequentes. 6.

Combinação de princípios

§ 1.228. *A verbações.* 1. O que se averba. 2. Decreto n. 4.857, art. 284. 3. Decreto n. 4.857, art. 285. 4. Decreto n.

4.857, art. 266. 5. Propriedade lotada

§ 1.229. *Promoção do registro.* 1. Legitimação ativa. 2. Negócios

jurídicos a titulo gratuito

§ 1.230. *Nulidade do registro.* 1. Nulidades. 2. Anulabilidades. 3.Inexistência e invalidade de pleno direito. 4.

Retificação

§ 1.231. *Despesas com o registro.* 1. Quem paga as despesas. 2 Comunhão —pro diviso‖ de edifício

§ 1.232. *Eficácia do registro.* 1. Antecipação e protelamento. 2. Apresentação do titulo. 3. Troca. 4. Transmissão e hipoteca

§ 1.233. *Feitura do registro.* 1. Protocolização. 2. Extrato. 8. Principio da continuidade temporal das transmissões.

4. Legalidade do registro. 5. Dúvida sobre a legitimação da pessoa, a registrabilidade do direito ou a identidade da pessoa. 6. Tributos fiscais. 7. Registro diante de ato judicial

§ 1.234. *Particularidades da transcrição.* 1. Direitos independentes.

2. Bens que não precisam de registro.Bens legalmente inalienáveis. 4. Publicitação do bem 5.Servidões impostas a bens públicos. 6. Renúncia. 7 O Código Civil, artigo 534281

§ 1.235. *Os casos de transcrição.* 1. Atos que se transcrevem. 2. Eficácia da ‗transcrição da sentença sobre usucapião. 3. Partilha, nos desquites. 4. Partilha, divisão e demarcação

§ 1.236. *Eficácia da transcrição e da inscrição.* 1. Constitutividade. 2.Declaratividade. 3. Inscrição e constitutividade. ... 288 § 1.237. *Transcrição e partes integrantes.* 1. Natureza da transcrição. 2. Fração da terra. 3.

Divisão material. 4. Junção

§ 1.238. *imóvel sobre o limite circunscricional.* 1. Problema 2 solução. 3. Código de Processo Civil, art. 137294

§ 1.239. *Transcrição e pertenças.* 1. Regras. 2. Não há registro especial.

3. Omissão e erro

§ 1.240. *Serviço dos registros.* —Ne procedat ex officio!‖ 2. Exigência fiscal. 3. Firmas e comunicações. 4. Despesas.

5. Substituição. 6. Publicidade

§ 1.241. *Transcrições ilegais e suas espécies.* 1. Ilegalidade da transcrição (nulidade, anulabilidade, retificabilidade).

2. Inexatidões materiais e retificação não-danosa. 3. erro de indicação dos títulos

§ 1.242. *Transmissão pela transcrição.* 1. Modo de transferência e transcrição. 2. Ato transcricional e transmissão da propriedade. 3. Evolução da eficácia da transcrição. 4. Acordo de transferência, lugar na classificação dos fatos jurídicos. 5.Quatro fatos jurídicos distintos. 6. O fato que transmite é a transcrição CAPITULO I

ATO JURÍDICO DE ALIENAÇÃO, ACORDO DE TRANSMISSÃO E TRANSMISSÕES

§ 1.243.A) *O negócio jurídico causal ou ato jurídico "atricto sensu".* 1.Título juridico. 2. Irradiação de eficácia, sem ser a eficácia real

§ 1.244) *O acordo de transmissão.* 1. Conceito de acorde de transmissão. 2. De quando é necessário o acordo de transmissão. 3. Conteúdo do acordo. 4. Pré-exclusão principal da vinculação unilateral. 5. Recepticiedade das declarações de vontade no acordo de transmissão. 6. Forma especial do acordo de transmissão. 7. Pluralidade de objeto e pluralidade de ofícios de registro. 8. Diferença entre os figurantes.

9.Condição e termo no acordo de transferência. 10. Validade e invalidade do acordo. 1. Acordo de transferência e os atos jurídicos posteriores. 12. O acordo de transferência e negócio jurídico. 13. Apresentação do títulos e consentimento à transcrição. 14. Morte e incapacidade antes da transcrição. 15.. Cessão de herança aberta e transcrição .

§ 1.245. *C) A apresentação do título.* 1. Natureza da apresentação do titulo. 2. Nulidade do acordo e transcrição. 3.

Provocação da transcrição e exercício de pretensão à transcrição. 4. Ônus da prova da existência do acordo e do consentimento à transcrição. 5. Antes da transcrição, situação jurídica do alienante. 6. Alienação a duas ou mais pessoas

§ 1.246. *D) O ato transcricional.* 1. Natureza do ato transcricional. 2.Pretensão ao registro e legitimação ativa. 3.

Confusões a seres evitadas. 4. Ato transcricional, ato formal. 5. Transcrições inexistentes. 6. Registro por extrato e registro por inteiro teor. 7. Acordo, consentimento para a transcrição e pedido de transcrição. 8. Condição ou termo e pedido exigência. 9. Protocolação. 10. Incapacidade superveniente à protocolização

§ 1.247. *Natureza do acordo e da transcrição.* 1. Negócio jurídico de duplo conteúdo. 2. Acordo e transcrição. 8.

Pressupostos essenciais da transmissão. 4. Aquisição entre vivos e transcrição; suporte fático. 5. Transcrição nú6 é simples extensão da eficácia real a terceiros. 6. Vinculação pelo acordo. 7.Exame critico da legislação. 8.

Cancelamento e eficácia. 9.Nulidade, ou anulação do negócio jurídico causal. 10. Nulidade da transcrição. 1.

Transcrições ineficazes. 12. Figura do transmitente, no registro

§ 1.248. *Representação.* 1. Representação para se obter a transcrição. 2.Se o acordo de transferência pode ser a favor de terceiro

§ 1.249. *Pretensão à retificação.* 1. Registro e retificação. 2.Riscos da inexatidão e pretensão à retificação. 3.

Legitimação ativa.4.Legitimação passiva. 5. Pretensão à indenização.6. Casuística das inexatidões

§ 1.250. *Pretensão ao registro anterior.* 1. Natureza da pretensão especifica. 2. Conteúdo e fim da pretensão., 3

Imprescritibilidade e extinguibilidade

§ 1.251. *Pretensão á apresentação do titulo.* 1. Natureza da pretensão. 2. Legitimação passiva. 3. imprescritibilidade

§ 1.252. *Ação de retificação.* 1. Pretensão ao estabelecimento da verdade do registro. 2. Ação de natureza real. 3.

Objeto da ação. 4. Legitimação ativa. 5. Legitimação passiva. 6. Pretensão inseparável do direito a que se refere. 7.

Autorização a promover a ação. 8. Penhorabilidade. 9. Nulidade do acordo. 10. Irregistrarbilidade. 11. Renúncia. 12.

Extinção da pretensão à retificação

CAPITULO V

INSCRIÇÕES PROVISIONAIS E CAUTELARES

§ 1.253. ins *crições provisionais.* 1. Quanto à inexatidão do registro.2.As espécies

§ 1.254. *Inscrição do processo de retificação.* 1. Decreto n. 4.857, 9 de novembro de 1939, art. 227, —in fine‖. 2.

Legitimação ativa.3.Questão sobre medida cautelar. 4. Nulidade do titulo e invalidade do registro. 5. Eficácia da inscrição provisional.6.Terminologia da lei. 7. Direito oriundo da inscrição provisional. 8. Perda de eficácia da inscrição provisional.

§ 1.255. *Inscrições preventivas (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, art. 178, a), VI, 2a e 2~a partes, e Vil, 2~a parte).* 1. Medida cautelar de inscrição. 2. Distinções que se hão de fazer.3.Espécies de medidas cautelares. 4.

Inscrições de ações.5.Eficácia da inscrição preventiva. 6. Código Civil, art. 531. 7.Inscrição e transmissão ou gravame. 8. Coextensivo. da eficácia da inscrição preventiva. 9. Natureza das inscrições preventivas se o direito não é real

§ 1.256. *Inscrição da penhora.* 1. Eficácia da inscrição. 2. Natureza da

proibição legal CAPÍTULO VIII

ATOS JURÍDICOS JUDICIAIS

§ 1.257. *Atos jurídicos judiciais.* 1. Arrematações e adjudicações.2.Ações divisórias. 3. Partilha. 4. Pluralidade de tltulos judiciais

§ 1.258. *Aquisição a herdeiro aparente.* 1. Herdeiro aparente e alienação por ele. 2. Suporte fático da aquisição e eficácia do registro. 3. Título oneroso e titulo gratuito de aquisição.4.Transcrição da sentença de partilha. 5. Antes do trânsito em julgado e depois do trânsito em julgado. 6. Disputa entre o herdeiro e o herdeiro aparente. 7.

Inscrição de ação de petição de herança

§ 1.259. *Resolução por inadimplemento e aquisição pelo terceiro.* 1. Resolução por inadimplemento. 2. Sentença e transcrição; edital

CAPÍTULO VIII

CANCELAMENTO. RESPONSABILIDADE DO OFICIAL DO REGISTRO

§ 1.260. *Cancelamento.* 1. Registro e eficácia. 2. Eficácia do registro e cancelamento 1.261. *Cancelamento do registro.* 1. O que é cancelar 2 Quem pode pedir cancelamento. 3. Negócio jurídico bilateral.4.Transcrição nula. 5.

Alteração. . 6. Eficácia. Ação e reconvenção 1.262. *Cancelamento voluntário e judicial.* 1. Total ou parcial. 2.

Requisitos. 3. Processo. 4. Pedido independente. 5. Forma e fundo das leis de registro. 6. Nulidade

§1.263. *Responsabilidade dos oficiais do registro.ê* 1. Principio constitucional e regras legais. 2. Princípio da regressivídade

CAPÍTULO IX

DIREITO PUBLICIANO

§ 1.264. *Posição do problema.* 1. Criação da —publiciana in rem actio‖. 2. O nome 411 § 1.265. *Estrutura e pressupostos do direito publiciano.* 1. Fato jurídico publiciano. 2. Limite da ficção. 3. Pressupostos. 4. O título de aquisição da propriedade. 5. Usucapibilidade.

§ 1.266. *Legitimação ativa.* 1. Possuidores publicianos ou possuidores publicianos que perderam a posse. 2.

Proprietário ....

§ 1.267. *Legitimação passiva.* 1. —lus ia rem‖. *2.* Possuidores que se pretendem publicianos. 3. Pretensão à vindicação da Posse

§ 1.268. *Ação publiciana e sentença.* 1. Sentença executiva. 2. Eficácia

§ 1.269. *A ação publiciana no direito brasileiro.* 1. Direito imobiliário. 2.Ação publiciana e posse de má fé. 3. Posse da coisa. 4.Exceção de domínio e réplica. 5. Direito mobiliário

CAPITULO X

PROCESSO DO REGISTRO TORRENS

§ 1.270. *Histórico.* 1. Decreto n. 451 B de 31 de maio de 1890.

§ 1.271. *Processo.* 1.Requerimento. 2 Foro. 3. Processo. 4.Continuação.5.Contestação. 6 Efícacia das sentenças LIVRO III

DIREITO DAS COISAS

Título II

PROPRIEDADE EM GERAL. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

Parte II. Conceito de propriedade imobiliária

CAPÍTULO 1

CONCEITO DE PROPRIEDADE

§ 1.158. Conceito de direito e de direito subjetivo

1.REGRA JURÍDICA E EFICÁCIA DOS FATOS JURÍDICOS. Quando se fala da *lei,* ou *de outra regra juridica,* como sendo o direito, toma-se a essa palavra em sentido objetivo: o direito brasileiro, o direito alemão ou francês, o direito argentino; o direito constitucional, o direito civil. Alude-se às normas, ainda que seja para as classificar, ou para se saber quais são as situações ou relações jurídicas que elas criam, modificam ou extinguem.

As situações jurídicas e as. relações jurídicas, que das normas dependem, ou porque as criem, ou porque as modifiquem, ou porque as extingam, são, vistas do lado do sujeito ativo, *direitos.* Sempre que a subjetividade se faz relevante, diz-se que o direito é *subjetivo.* Há direitos sem essa subjetivação; e deles temos tratado noutras obras.

Do direito subjetivo parte uma ou partem duas ou mais *pretensões.* Pretensão é o poder de exigir alguma prestação.

Do outro lado, está o obrigado, que talvez tenha, também ele, a sua pretensão, ou as suas pretensões. Não é a *ação,* no sentido do direito material; nem, tão pouco , a —ação‖, no sentido de remédio processual. A ação supõe ter havida transgressão de norma, é um pina, em relação à pretensão e ao direito subjetivo, O proprietário de um prédio tem o *direito subjetivo* a alugá-lo, e para isso invoca a lei civil (direito objetivo), e tem a *pretensão* a exigir o aluguer que foi fixado; se o locatário não lho paga, nasce-lhe a ação, que é, ai, a ação de cobrança, ou, porque cessou a pretensão do locatário a permanecer na casa, a ação de despejo.

2.Remédio processual. É meio instrumental, que o direito formal $e a serviço de pessoas que estejam em determinadas situações, para que,

com o uso dele, passam suscitar a c *olado,* a prestação jurisdicional. A pretensão pode existir sem que exista ação (do pretendiveis inacionáveis, cp. Código Civil, arts. 248, VI, 1.477 e 1.478); e há direitos, sem pretensão e sem ação (direitos subjetivos impretendiveis e inacionáveis), como os que correspondem a obrigações naturais. Há, porém, em nosso direito, a regra de que a toda ação corresponde remédio processual que a faça efetiva (veja Tomo V, *§* 622, 1).

§ 1.159. Relação jurídica

1.RELAÇÃO FÁTICA. Entre a pessoa que está diante do fogo e o *alter,* que é o fogo, composto de brasas, chamas, lenha e cinzas, estabelece-se relação *1 laica,* que é a de aquecimento. Entre a pessoa que pediu a outra pessoa uma fruta e prometeu dar-lhe o dinheiro do preço, compôs-se *relação ação juridica.* O mundo jurídico é todo feito por essas relações. Nem todas, porém, são iguais. Se há terras devolutas e alguém se apossa delas, não é entre o possuidor e *outro* homem que se cria relação de posse, nem, mais tarde, com a usucapião, a propriedade; e sim entre ele e a sociedade. Dai dizer-se que tais direitos são *erga ornea.*

2.RELAÇÃO JURIDICA. Em ═toda relação de direito, há o *sujeito ativo,* o *sujeito passivo* e o *objeto.* O sujeito ativo existe, ainda que não esteja no conteúdo do direito o estar ligado a alguém; porém a relação pode ser tal que no direito não esteja direito *subjetivo:* há direitos que tem sujeito ativo, como todos os direitos, se bem que não sejam da classe daqueles que podem ser invocados como próprios do sujeito; *e. g.,* o direito que tem o —público‖ (quer dizer: todos os habitantes e passantes) de visitar museus abertos ao público.

3.RELAÇÃO JURÍDICA REAL. O proprietário da coisa sobre que recai direito real (usufruto, uso, habitação, hipo teca, penhor, anticrese) não é o devedor na relação jurídica. Em verdade, por séculos andou perplexa a doutrina.

Via-Se ao proprietário como o devedor real, o obrigado real, e ao titular do direito real como credor *dele.* A circunstância de, quase sempre, ser o credor hipotecário ou pignoraticio o credor e titular do direito real concorria, enorme e, digamos, até, monstruosamente, para a confusão. Ora, as expressões —credor hipotecário‘~, —credor pignoratício‖ são expressões. elípticas: usam-se em vez de —credor com garantia hipotecária‖, ou —credor com garantia pignoraticia» *(=*

credor + titular de direito real de garantia). Não é o crédito que é hipotecário, é-o o direito real que garante o crédito. A função de garantir é do direito real. Quando se diz que A tem crédito hipotecário, ou pignoratio, contra E, apenas se enuncia, epticamente, que A é credor de E e tem direito real, que aliás pode não ser em coisa que pertence ou ainda pertence a E. Ve-se bem que a *direção* não é a mesma: o crédito é contra B; o direito real, não; ainda quando, na ocasião de se constituir, a coisa pertence ao devedor, o sujeito passivo é total, e não B.

Os que sustentavam a existência da obrigação real traziam à balha, sem pertinência, as obrigações *in rem scriptae.*

Não se confunda (a) a teoria da obrigação real do proprietário com *(b)* a teoria do direito real a sujeito passivo total, que afirma a existência da relação jurídica e é contrariada pela (e) teoria do direito real sem sujeito passivo. O que é proprietário está em situação semelhante à do devedor, não é o devedor. Se, não-devedor, paga a dívida hipotecária, crendo, errônea-mente, que existia o direito real, pode repetir o que pagou; se cria que existia a obrigação e não existia, pode repetir, porque a existência do direito real, sem a obrigação, não o —obrigava exercera ele, apenas, a faculdade de liberar a coisa que lhe pertence, conforme o permita o sistema jurídico. Surge o problema da mora do proprietário. Se o sistema jurídico possui regra jurídica a respeito, *toilitur quaestio;* se não a possui, aquele em que se —individualiza‖ a passividade subjetiva (arts. 718-723, 726-728) é incurso em mora, segundo os princípios. Não se precisa, diante da teoria (O como da teoria *(a),* da regra jurídica escrita do *§* 1.146 do Código Civil alemão.

§ 1.161. CONCEITO DE PROPRIEDADE

1.UNISSUBJETIVIDADE E PLURISSUBJETIVIDADE. Há direitos e deveres que só se referem a uma pessoa.

São os *direitos unissubjetivos,* como o pátria poder de tipo romano. Outros podem ser referidos a dois ou mais Sujeitos, isto é, são *direitos de subjetividade multiplicável.* Em todo caso, essa alusão a direitos e deveres, em vez de a relações jurídicas, nos levaria a dificuldades doutrinárias dificilmente superáveis, ou insuperáveis, por trazer em si o vicio ontologistico de tratar com *seres,* em vez de *relações.* Se partimos de bases sólidas de ciência, não há falar-se de direitos unissubjetivos e de direitas de subjetividade multiplicável ou plurissubjetiváveis, e sim de relações *exclusivas* e de relações *não*

exclusivas. Assim, em lugar de dizermos que os *direitos* de pátrio poder de tipo romano nio permitem dois ou mais sujeitos, devemos enunciar, sem risco de e *rra:* a relação jurídica, a que se chama —de pátrio poder‖, exclui outras relações sobre o mesmo objeta. Alguns direitos e deveres comuns dos pais são direitos nascidos de relações independentes que tem o mesmo objeto. Não há por onde se insistir em —divisão dos direitos‖, ou —divisibilidade dos direitos‖. Falar-se a direito *comum* dos condôminos do prédio A, para se conceituar pluralidade de titulares do *mesmo* direito, é o mesma que falar-se do *mesmo* emprego de dois ou mais pedreiros: cada pedreiro tem o seu emprego, que entra na mesma classe. Toma-se por identidade o que é parecença ou o ter qualidade comum. Os lógicos bem sabem a que confusões e erros levam esse vícios de pensamento 2.CONDOMÍNIO, COMPOSSE E CO-HERANÇA. Ainda quando se dá ao titular singular a faculdade de exercer as pretenções que tem, mas em proveito de todos, ou se restringe a pretensão de alguém a só se exercer contra todos os obrigados (relação de mio-comum, de origem germânica), toda pluralidade de sujeitos é pluralidade de relações, ou há fungibilidade do sujeito ativo ou passivo. Não se nega que possa haver pluralidade de sujeitos na mesma relação de direito; porém nega-se que esse seja o caso do condomínio, da composse, da co—herança.

§ 1.161. Conceito de propriedade

1.PROPRIEDADE E DOMÍNIO. Em sentido amplissimo, propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial.

Tal conceito desborda o direito das coisas

O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas (cp. arts. 485, 524 e 862). Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a propriedade literaria, cientifica, artística e industrial. Em sentido estrítissimo. é só domino. O primeiro sentido é o de propriedade, no art 141, *§* 16, da Constituição de 1946. O segundo é o que corresponde aos arts. 524-580 do Código Civil, O terceiro é o menos usado nas leis, e mais em ciência. O quarto 4 mudada aos outros e quase sempre é o que se emprega quando se fala de proprietário, em relação a outro titular de direita real *(e.* g., arts. 713 e 780).

Costuma-se distinguir o domínio, que é o mais amplo direito sobre a coisa, e os direitos reais limitados. Isso não significa que o domínio

não tenha limites; apenas significa que os seus contornos não cabem dentro das contornos de outro direita. O próprio domínio tem o seu *conteúdo* normal, que as leis determinam. Não há conteúdo a *priori, j* usnaturalistico, de propriedade, *senso lato,* nem conceito a *priori,* jusnaturalistico, de domínio.

2.DOMÍNIO E DIREITOS REAIS LIMITADOS. O domínio e os direitos reais limitados distinguem-se pela conteúdo: esses são direitos de abrangência parcial, ao passo que aquele é de abrangência total. Por isso mesma, a técnica jurídica procura determinar, claramente, os contornos ou limites dos direitos reais limitados: quem só tem servidio de passar somente pode passar; quem só tem uso somente pode usar, e não usar ou fruir; quem tem direito de habitação somente pode habitar. As limitações ao domínio são quase sempre negativas, tão grande é o número de possibilidades do senhorio.

A representação tradicional e verdadeira dos direitos reais limitados é a de setores do conteúdo da propriedade, que se fizeram independentes. Parcialidade do conteúdo da direito, e não da extensio da coisa (condominio, compropriedade). Segundo o *conceito* e o *princípio da coexcaistividade,* nenhum direito real limitado possui qualquer poder que não estaria contido no direito do dono da coisa. Concorrem com a propriedade, em sentido estrito, e uns com os outros, sendo preciso que se *graduem.* O domínio é solitário, não tem grau, ainda que se pense na propriedade e na enfiteuse; os direitos reais limitados coexistem uns com os outros, donde a graduação como *modus vivendi.* Quando o dono do imóvel, ao ser constituído direito real limitado, se reserva grau (reserva de grau), não se estabelece entre o domínio e o direito ao grau relação semelhante à em que se encontram os direitos reais limitados, que se tenham de graduar: o titular dos direitos é o mesmo; o direito a graduar-se ainda não foi despregado do conteúdo do direito de domínio, apenas (não para se contrapor ao outro direito real) se criou direito ao grau, *tirado a esse*

3.PRECISÃO SOBRE O CONCEITO DE DOMÍNIO. O domínio não é só o que resta, após a constituição dos direitos reais limitados; é isso *mais* a expansibilidade, que lhe permite recobrar a anterior plenitude *(princípio da elasticidade,* ou *da expansão potencial,* que, todavia, não é peculiar à propriedade,concerne a todos os direitos gravados com outro direito).

4.PROPRIEDADE PRIVADA, PROPRIEDADE PÚBLICA. A propriedade,

conforme seja destinada à satisfação preferente de interesses dos particulares, ou o seja à satisfação preferente de interesse públicos, diz-se *privada* ou *pública.* Em todo o caso, há utilizações públicas dos bens de propriedade particular, sem se dar a *publicização,* isto é, sem eles e incluirem na classe dos bens públicos (arts. 65-68) ; *e. g.:* os caminhos, abertos ao público, que passam por terras particulares e não são bens públicos; as utilizações da propriedade privada para fins de saúde pública (fechamento de valas, canalizações municipais) e mais deveres contidos no direito de propriedade.

§ 1.162. Conteúdo do direito de propriedade

1.PODERES CONTIDOS NO DIREITO DE PROPRIEDADE.

a) O titular do direito pode, em princípio, utilizar a coisa, ou destruí-la, aliená-la, gravá-la ou praticar outros atos de disposição. *Não ilimitadamente:* pode o Estado considerar certos

móveis, ou imóveis, de valor histórico e artístico, sob a tutela do Estado (Constituição de 1946, art. 175) ; há as leis de desapropriação e as leis que impõem deveres e obrigações aos titulares do direito de propriedade (senso largo). *b)* O proprietário m sentido largo, pode excluir as outras pessoas de qualquer intromissão, *salvo onde a lei a. permita (e. g.,* posturas municipais e art. 519-561, 587 e 588, *§* 1.0). o) O exercício do direito de propriedade há de ser *regular* (art. 160, 1, 2.~ parte). Às vezes, o sistema jurídico limita o conteúdo, aquém do que, *a. priori,* teria de ser o conteúdo do direito de propriedade, mas dá ao titular, cuja esfera jurídica a *priori* foi invadida, direito de indenização *(e. g.,* arts. 560 e 567), porém, *de iure condendo,* tal indenização não é essencial à limitação conteúdo da propriedade *(e.* g., art. 565). Se há direito à indenização, o conteúdo do direito de propriedade é expresso:

—conteúdo a *posteriori* incursão no conteúdo a *sniori* + indenização conteúdo *posterior*?". Os impostos e taxas são deveres e obrigações de direito público, porém não atingem o conteúdo do direito de propriedade. Os direitos à indenização e as pretensões respectivas ora são de direito privado, ora de direito público *(e.* g., Constituição de 1946, art. 141, *§* 16, 2. parte, *in fine).* Todos eles pertencem conteúdo da propriedade; por isso mesmo não são direitos independentes, que acompanham a propriedade, como o direito ao grau, no caso de reserva de grau.

2.LIMITAÇÃO POSITIVA E LIMITAÇÃO NEGATIVA.

técnica legislativa, na determinação do conteúdo da propriedade, lança mão de regras jurídicas de limitação *positiva* (isto é, que dizem até onde vem ou podem vir as incursões dos outros). O art. 524 é da primeira classe. —A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reave-los do poder de quem injustamente os possua.

Algumas regras jurídicas *negativas* são comuns a todos os direitos, reais ou não, no que os tutelam *(e.* g., art. 160, 1, 1.8 e *28* parte, e II) ; no que concerne ao ato abusivo do proprietário, a regra jurídica é estranha ao direito das coisas O ato abusivo do proprietário fica fora do conteúdo do direito de propriedade), posto que se hajam incluido no conteúdo do direito de propriedade o direito, a pretensão e a ação do proprietário contra a ameaça de mau uso da propriedade vizinha (contrariedade objetiva a direito, art. 554: —O proprietário. ou inquilino de um prédio teia o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossêgo e a saúde dos que a habitam‖). Outras regras jurídicas só se referem às coisas, isto é, ao que pode ser objeto de propriedade (art. 485).

Outras só aos imóveis: e são ora *positivas* (art. 43, 1, *verbis* —solo com a superfície, ..., o espaço aéreo e o subsolo‖) ora *negativas* ou *positivas, e. g.,* regras jurídicas concernentes a limitações por motivo de vizinhança (direitos de vizinhança, arts. 554-588), e regras jurídicas de direito público.

3.EXTENSÃO ESPACIAL DA PROPRIEDADE. Quanto à propriedade mobiliária, compreende ela,sua direção vertical, o espaço aéreo e o subsolo, mas a ilimitação é *relativa:* o direito à exclusão das intromissões dos outros na propriedade sofre limitações, tais como quanto às intromissões que dizem respeito à passagem das aeronaves e a outros instrumentos de remessa pelo ar, ou de sondagem, pois que não há interesse *eia* nas proibir o proprietário, e estão reguladas por leis de direito público, e às intromissões decorrentes da legislação sobre caça, pesca e minas. No Códigb Civil suíço, o art. 667 aludiu ao que é útil, de modo que se cria limite na utilização, no interesse (—soweit em Interesse mas esse pragiatismo no tocante a conceito, é de repelir-se (3. KOELER, *Lehrbuch,* 1, 173, mostrou o erro de tal teoria). O interesse do proprietário não há de entrar na formulação da regra jurídica sobre o solo e o subsolo, porque tal interesse pode ser no futuro, e pode só surgir no futuro. E ia todo o caso, se o interesse nunca pode surgir, é de entender-se que não vai até aí a tutela jurídica

por exemplo: se há cavidade que passa no subsolo, a mil metros, ou no subterrâneo, de cuja permanência nenhum perigo pode resultar, o proprietário não pode ir fechá-la, ou desviar as águas, porque não há interesse no ato e pode isso prejudicar os vizinhos ou outros proprietários de terrenos situados adiante (com outro fundamento, e a mesma conclusão, MiTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 155, que frisa não haver interesse *proprietário.*. Em se tratando de passagem de trens ou estradas subterrâneas, o proprietário pode proibir que se abra túnel, por baixo do seu terreno, se há, isso, perigo de desabamento, corte de águas, ou, em geral, Retido incomodo. As soluções que se oferecem SOB interessados podem consistir a constituição de servidão, obtida ao proprietário, ou em desapropriação, segundo a Constituição de 1946, art. 141, 16, 1? parte, e as leis. *Aliter,* se a alegação é a de que por ai vai passar estrada de feno, ou de rodagem, pertencente a outra empresa, salvo se, materialmente, é impossivel passarem as duas. Quanto a aeronaves e outros instrumentos de vôo, pode dar-se que o aeroporto contem, próximo, seja prejudicada, pela frequência de desastres ou Pela probabilidade deles (Decreto-lei n. 483, de 8 de junho de 1935, art. 61: —O direito de vôo sobre as propriedades privadas não deverá prejudicar o da propriedade do solo, tal como o define a legislação civil‖, e arts 133-186). Somente tem direito de vôo as aeronaves que se acharem de acordo com as leis e regulamentos (Decreto-lei n. 483, art. 39). Sempre que o proprietário, tendo de suportar a permissão no espaço aéreo, ou *construção* de túnel subterrâneo, ou proximidade de aeroporto, ou estação, sofra, com isso, prejuízo, cabe indenização, ainda sem culpa do aviador, ou do construtor do túnel, porque se trata de desapropriação (isto é, incursão no conteúdo do direito de propriedade, fato distinto da ofensa por culpa segundo o art. 159; certos, MElIRER, *LnttschiftGhrtfl6cht 6;* J. KOHLER, *Luftfahflsrecht,* 18 e.; sem razão: E.

ZITELMÂNN, *LuItschifIUhTtSr reckt,* 88 s.; STRECKER, em G. PLANCK, *Kotraentttr,* III, 273; ALEx METER, *Das Schadenersatzreekt der Luftfahrt,* 89 a.).

Às vezes, o proprietário ou o titular de outro direito real está sujeito a deveres e obrigações de atos aquisitivos e. g., os de conservar o terreno de acordo com as leis de policia sanitaria, os de derrubar, segundo as possui-las, edifícios em ruína, os de limpar calhas, esgotos e pousadas ou alojamentos de animais (ei. 3. BIERMANN, *Privatreckt trnd Polizei,* 186 a.).

4.DIREITOS E PRETENSÕES À INDENIZAÇÃO. Ao conteúdo da propriedade também pertencem quaisquer direitos e pretensões à

indenização, com que se obvia aos inconvenientes d intromissão *permitida* na esfera jurídica do titular de direito de propriedade; *e.* g., em caso de requisições militares ou não, Constituição de 1946, art. 141, §

16, 2ª parte, *in tine,* e em casos de destruição das plantas atacadas por doença, para que se não contagie às outras, ou de demolição devido a nôvo alinhamento das ruas (cf. O. MAYER, *Deutsohes Verwa.ltungsrecht,* 3. ed., 295 s.). É

concernente ao conteúdo, e não indenizável, a colocação de nomes de ruas e números de casa, indicações policiais, etc. (O. MAXER, 129) ; porém não há dever de tolerar indicações de proximidade de agências do governo, repartições públicas, ou setas que não sirvam ao trafego nas ruas ou na cidade. Ainda quando a indicação seja permitida *(* ainda quando exista dever de tolerar), pode o exercício ser abusivo. Aqui surge o problema sutil das *requisições.* Na Constituição de 1946, art. 141, *§* 16, 2. parte, diz-se que, em caso de perigo de guerra, ou comoção intestina, as autoridades competentes poderio usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito à indenização ulterior. Requisições, aí, são os atos unilaterais do Estado (União, Estados-membros e Municípios), para *uso,* portanto sem desapropriação e sem a prévia indenização a que se refere o arts. 141, *§* 16, 1a parte. Há as requisições pelas quais a União não desapropina, nem chama a si o uso, requisições que são meios para a execução de planos, em que a posse das coisas é indispensável às operações, retenções, guarda, depósito, beneficiamentos, empacotamentos, ou outros atos de preparação técnico-industrial, ou técnico comercial indispensáveis a melhor mercado, ou preço mais uniforme, ou incentivamento de futuras colheitas. Se o plano, em si, é compatível com a Constituição e as leis, são-no também tais requisições, atos preliminares imprescindíveis, ou recomendáveis para a gestão de negócios, ou a consignação legal, sem quebra dos princípios de inexpropriabilidade sem indenização e de irrequisitabilidade do uso, que se põem no arts. 141, *§* 16.

5.COISA E PROPRIEDADE. A noção de bem, objeto de direito de propriedade, é mais estreita que a noção de objeto de direito, a que corresponde o conceito de bem da vida, mais largo. A personalidade, o nome e a honra são bens da vida,sem serem bem, em sentido estrito, objeto de direito patrimonial, e sem serem bem, em sentido estritíssimo, que é o de bem coisa imóvel ou móvel, objeto de direito de propriedade. Coisa, objeto de propriedade, não é, hoje, somente a

coisa corpórea. O direito atendeu a que a noção de coisa não é naturalística, ou física; é econômico-social. O que o espírito humano inventa, criando valor econômico-social, pode não ser corpóreo; e de regra não no é: só insuficiente adequação do direito à vida, tal como se desenvolve cada dia, pode deixar de considerar a criação intelectual, estatistica, literária e científica bem suscetível de direitos de propriedade. Por outro lado, as investigações em torno da distinção entre dever de prestar e dever de atender à posse e à titularidade do direito de propriedade mostraram que não se podia, sem quebra do todo lógico do sistema jurídico, deixar de incluir no direito das coisas a senhoria do invento, da obra literária, da descoberta e da obra científica, ou da obra artística.

Quando, no plano do direito das obrigações, se alude à coisa, é em verdade à atividade ou inatividade do devedor que se alude, e não à coisa mesma. Na própria noção de patrimônio, o que ressalta, como objeto dele, não é o complexo de objetos, mas sim o complexo de relações, ainda quando coincida com direito único, que engloba direitos (direito à sucessão aberta, art. 44, III). Já vimos que é indiferente termos o patrimônio como o complexo de relações fácticas (posse) e jurídicas em que o titular fique do lado ativo, a *ser* diminuído pelas dividas, ou como o complexo de relações fácticas (posse) e jurídicas, em que o titular fique do lado ativo ou do passivo. Somente segundo a última noção cabe dizer-se *Bona non inteileguntur nisi deducto gere alieno.*

No sistema jurídico brasileiro, o que é suscetível de propriedade, além das coisas corpóreas, consta de leis que frisam ser matéria do direito das coisas. *E. g.*, a invenção.

6.DIREITOS REAIS E SUBJETIVIDADE PASSIVA. Os direitos reais, a começar-se pelo, domínio, são direitos subjetivos, cujo conteúdo são poderes de senhoria do objeto, com as limitações que derivam da situação no espaço terrestre e de regras jurídicas, de direito público ou de direito privado, e que lhe dão certo contorno, São limitações as que atribuem fim coletivo à propriedade se tais limitações não chegam a ponto de tornar sujeito do direito subjetivo a coletividade mesma, o povo, —todas as pessoas‖. ou o Estado. A tentativa de apontar os limites legais como algo que desce à própria finalidade da propriedade proveio de preocupação defensiva de teorias políticas de extrema direita, que, diante da transformação da economia e do direito, quiseram negar serem algo de extrínseco essas limitações de conteúdo. Com isso, pretendiam aproximar-se da antítese, que seria a publicização radical pregada pelo comunismo, apresentando-se como

síntese.

-Usar, fruir e dispor são os poderes que se contem no direito de propriedade; mas a propriedade. persiste se o limite ou a restrição (negocial) atinge algum desses poderes (propriedade metias uso e fruto; ou propriedade *metws* poder de dispor; ou, até, propriedade menos, durante certo tempo, uso e fruto, e poder de dispor). propriedade que 1 ôsse inalienável, por toda a vida do titular, e não usável, nem fruível, seria contraditória com o conceito: ter-se-ia de interpreta? a situação jurídica como de propriedade fideicomitida.

A propriedade é direito absoluto e tem, por isso mesmo, eficácia *erga* anuies. Os sujeitos passiveis do domínio e dos outros direitos reais são todos, o *alter.* Não é o dono do prédio que está na relação jurídica que se exprime no direito de usufruto; são tuas as pessoas. Não é ao dono do prédio que toca a subjetividade passiva do direito de servidão; é a todas as pessoas. O próprio direito real de renda sobre imóveis, a despeito de sua estrutura, tem por sujeitos passivos todas as pessoas, e não só quem é o dono do prédio onerado.nem outro meio de aquisição da posse pelo adquirente do bem, não pode o alienante ter direito aos interesses do preço recebido e aos frutos (3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de março de 1945, 1?. *do T.,* 160, 661), porém a ação do outorgado contra o outorgante é pessoal. Em todo o caso, é raro, nas escrituras públicas, deixar-se de dizer —transferindo a propriedade e a posse‖.

Tal transferência de posse entra nas espécies do art. 493, III, e parágrafo único.

Se houve transcrição e não houve transferência da posse, é preciso que se peça imissão. O direito à posse contém o direito aos frutos. Se houve a transcrição e a transferência da posse, o adquirente faz seus os frutos, e o ex-dono, que tenha ficada como servidor da posse, responde como tal. Se não houve transferência da posse própria, o adquirente é tratado como o que adquire a propriedade pela transcrição e tem a posse. O que importa é o acordo de transmissão da propriedade. se se transmitiu a posse. se não se transmitiu a posse é que se tem de verificar se o adquirente tem direito aos frutos e desde quando.

7. FRUTOS. No arts. 528, estatui-se —Os frutos e mais produtos da coisa pertencem ainda quando separado são seu proprietáriO, salvo se por motivo jurídico, especial, houverem de caber a outrem‖. Motivo jurídico, ou causa, é, ai, algum fato de que resulte direito real aos frutos, algum fato cujo efeito seja a titularidade por outrem *(e.* g.,

usufruto, locação, posse, cl. Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, 26 de agosto de 1939, *R. dos* 2'. *de A.,* 1, 405) .

Se houve acordo de transmissão do Imóvel e de posse, a transcrição tem eficácia *erga* omnes desde que se fez, mas os frutos anteriores pertencem ao nôvo possuidor. Se não houve a tradição (art. 493, 1).

PROPRIEDADE E ESFERA ALHEIA

§ 1.163. Limitações e restrições

1.CONFIGURAÇÃO E LIMITAÇÃO. Todo direito subjetivo é linha que se lança em certa direção. Até onde pode ir, ou até onde não pode ir, previsto pela lei, o seu conteúdo ou seu exercício, dizem-no as regras limitativas, que são regras que *configuram,* que traçam a estrutura dos direitos e da sua exercitação. O conteúdo dessas regras são as *limitações.* Aqui principalmente nos interessam as limitações ao conteúdo. O domínio não é ilimitável. A lei mesma estabelece limitações. Nem é irrestringivel. A -lei contém regras dispositivas de restrição e os negócios jurídicos podem restringi-lo. As mais características das restrições são as restrições reais, ditas *servidões.* Outras apenas concernem ao exercício.

As leis algumas vezes fizeram passar ao plano das *limitações* o que antes era simples enunciado de fato posto pela doutrina como exemplo de abuso do direito. Os Romanos, no caso da casa que ameaçava ruína, ou dano, ou devido a defeito de construção, ou devido a mau estado de conservação, ou outro motivo, eles absolutistas na concepçãO

dos direitos subjetivos *(*Neminem laedit qui suo jure utitur)* viam que, não tendo havido dano, não havia *ação.* Foi o Pretor que, atenuando esse absolutismo, admitiu que se exigisse caução, em garantia do dano que pudesse resultar (Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur; L. 2, D., *de damno injecto et de suggrundis et proiectionibus,* 39, 2) A *pretensão à. segurança* surgiu; e a *cautio* era remédio processual, que, *já* então, mal encobria a ação de segurança.

2.VIZINHANÇA E LIMITAÇÕES. O Código Civil, art. 554, estatuiu: —O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o .sossego e a saúde dos que o habitam‖. E no art. 555: —O proprietário tem o direito de exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou

reparação necessária, quando este ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente‖. Tem o *direito.* A própria linguagem mostra que se *limitou* o direito dos proprietários. (Todo direito que se cria a alguém, *em lei,* entrando na esfera de outrem, isto é, em direito que antes não sofria isso, é direito *que corta* a outro, que passa a ser *novo limite* ao outro.) Não só atendeu a que o exercício se deve moldar pelo *principio da relatividade dos direitos,* pela necessidade de serem respeitados, entre si, os exercícios; diminuiu-se o conteúdo mesmo do direito dos proprietários, de modo a que até *aí* viesse o direito dos vizinhos, proprietários ou não. Fora dos arts. 554 e 555

continua a exigência de ser *regular* o exerci cio do direito de propriedade (art. 160, 1). Regular, em sua extensão e intensidade; regular, em sua oportunidade, isto é, no tempo *(e.* g., não se trocar o dia pela noite em bairro residencial, não se permitindo o sono aos vizinhos) ; regular, na sua conformidade com os usos e costumes locais *(e.*

g., destinação do bem imóvel) ; regular, em sua possibilidade de coexistência com os outros exercícios e direitos *(principio da coexistência objetiva dos direitos e do exercício deles),* o que só se pode alcançar ou postular se parte da exigência de cada um não prejudicar os outros.

A excepcionalidade do caso não basta à. configuração das *ações* dos arts. 554 e 555. O barulho durante uma noite de festas, a explosão de um aparelho elétrico, a água que transbordou, certa vez, devido à bóia de uma caixa de água, podem ser pressupostos suficientes da ação de indenização pelo ato ilícito, não das ações dos arte. 554 e 555.

3. RESTRIÇÕES NEGOCIAIS. As restrições negociais às *limitações* ao direito de propriedade, por isso mesmo que os vizinhos tem direitos subjetivos, são possíveis no plano do direito das obrigações e das coisas. Então, fica o prédio vizinho sem o direito às abstenções e aos atos que a limitação implicaria. Dá-se renúncia, ou a constituição da servidão; e a inscrição cria a servidão ao prédio cujo proprietario ou inquilino poderia reclafluir, se ela não existisse (3. RIFIRMANN, *Sache nrecht,* 3. ed., 154; li. WALSMANN, *Der Verzicht,* 212) - O direito dos proprietários e dos inquilinos quanto ao uso regular das calçadas e das ruas pelo proprietário vizinho rege-se pelo direito público federal, estadual ou municipal (O. WABNE, *Kommefltar,* II, 107). Por outro lado, podem ser consideradas desde logo nocivas certas práticas que, apreciadas judicialmente não no seriam, nem os arts. 554 e 555 se aplicaram. Em tais casos, não há justicação do direito do proprietário,

há *restrição,* que o negócio jurídico estabeleceu entre os proprietários ou entre os prédios se transcrita (servidão). Se convencionamos eu e meu vizinho que ele nunca usará e nunca permitira que os seus inquilinos usem a janela do lado e transcrevemos a escritura, em verdade a favor do meu prédio se criou servidão.

4.MAU USO. O art. 554 alude à legitimação ativa (proprietário ou inquilino) e nada se explicita quanto à legitimação passiva satisfaz-se com a referencia ao mau uso E indiscutível, porém, que se tem como legitimado passivo quem quer que use o prédio. (dono, usufrutuario, inquilino, comodatário, empreiteiro) etc.), sendo sempre possível propor-se a ação contra o que é titular do direito real *(justo),* seja o dono, seja o usufrutuário (O.

WARNEEK, *Kommeflt ar, II,* 111).

No direito brasileiro, à diferença do que ocorre em outros sistemas jurídicos o mau uso, de que se trata, não é somente o mau uso material (físico) ; é também o mortal, como se o vizinho transforma a casa em bordel, salão de jogo, ou a emprega em atividades que tornam freqüentes as visitas ou batidas policiais. lisa mal a propriedade quem atira pelas janelas cigarros ou papéis, quem põe nos peitoris das janelas dos andares superiores plantas ou vasos que facilmente caiam, ou criações que tornam desagradável a vizinhança e sem sossego os habitantes das outras casas.

Não é preciso que os prédios sejam contíguos (O. WAENEYEIt, *Koratfl"ftr,* II, 109). Nem que haja culpa. A própria ação de indenização que se fundar no art. 554 e o que se houver de pagar ao caucionado (art. 565) nada tem com a culpa; tudo se passa como fatos de responsabilidade objetiva. São elementos nocivos, entre outros: gases, odores, vapores, fumo, fuligem. ruído, calor, trepidações. umidade, água e sal. São elementos excepcionalmente nocivos: freqüência de estranhos, armas, jogo, bebida alcoólicas, alojamento de doentes contagiosus, etc.

O que intenta ação fundada no art. 554 tem de afirmar e provar, além da legitimação ativa e passiva, que houve mau uso da propriedade vizinha, que houve ou pode haver (probabilidade considerável) prejuízo à sua Begutança, ao seu sossego e à saúde do autor ou de quem habita o (outro) prédio. As provas são as que cada caso exigir. Não há arbítrio do juiz no aprecia-las. A. respeito andam por aí trechos que denunciam má tradução ou inconpreensiveis livros estrangeiros -

§ 1.164. Limitações ao conteúdo do direito de propriedade

1.ESPÉCIES DE LIMITAÇÃO. As limitações ao conteúdo do direito de propriedade, *lato seneu,* ou são a) no interesse de vizinhos (direitos de vizinhança, a que correspondem deveres de vizinhança), ou b) no interesse público, geral, ou administrativo (especial), ou de algum serviço não-estatal, que tenha interesse para o Estado.

Tem impressionado os juristas, ao definirem o direito real, o fato de poder o dono da coisa alterá-la, destruí-la, ou aumentá-la. Porém tudo isso somente se passa no *mundo dos fatos,* e não *no mundo juridico;* quando esses fatos são de importância para o mundo jurídico é porque esses fatos atingem relações jurídicas, ou criam, acontecendo, alguma ou algumas relações jurídicas.

2.PROIBIÇÕES, EXIGÊNCIAS E DIREITO PÚBLICO. As limitações por vizinhança e as limitações por direito público marcam até onde pode ir o arbítrio do titular do direito real. As fixações de máximo de altura para os edifícios próximos aos fortes e fortalezas, ou aos aeroportos, ou de proximidade dos quartéis, ou fábricas de munições, são limitações de direito público, que só a lei pode editar (Constituição de 1946, artigo 141, *§§* 29 e 16) -

Idem, as proibições de demolição de edifícios, por seu valor histórico ou artístico, ou por escassez de habitação (art.

141, *§* 16), e as arborizações, conservações e limpezas que a lei, no interesse público, estabelece, a cargo da administração pública, ou, em certas circunstâncias, a cargo dos proprietários ou outros titulares de direitos reais.

Outrossim, a proibição de divisão de terras ou de serem além de certa extensão.

Também há as exigências de atos positivos que limitam, e delas falamos, em geral, no Tomo II.

3.LIMITAÇÕES E LIMITAÇÃO NO TEMPO. O poder de usar e fruir a coisa sofre limitações de direito público e de direito privado. Tais como: o proprietário pode ter o dever de comunicar à autoridade que alugou o prédio (às vezes a regra legal concebe tal dever como de quem subloca, ou do proprietário que aluga para hotel, hospedaria,

casa comercial, indústria, etc.) ; tem o proprietário deveres que concernem à higiene e à estatística; regras jurídicas há que lhe criam dever de cercar, ou de murar, ou de murar até certa altura, ou de não elevar as construções acima de tantos metros, ou acima de tantos andares, ou de observar certas exigências concernentes à proximidade de fortalezas, quartéis ou cemitérios, águas públicas, ou minas; outras, que estabelecem dever de abertura de canais, ou fossas, de dar livre curso a águas pluviais, ou de não obstá-lo, de denunciar a existência de parasitas dos animais ou das árvores.

Quanto aos limites ao poder de disposição, há, além das regras jurídicas sobre o patrimônio artístico e histórico, as que pré-excluem a alienação a estrangeiros dentro de certa área. As regras jurídicas sobre urbanismo às vezes limitam o conteúdo do direito de propriedade. As medidas relativas a ingresso nos prédios e instalações, ora limitam o direito de propriedade, ora a liberdade especializada (inviolabilidade do domicílio) O sistema jurídico brasileiro não cogita da limitação da propriedade *no tempo,* salvo em se tratando de propriedade literária, artística, científica ou industrial (propriedade intelectual), ou quando ligada a certo gênero de exploração.

Em princípio, a propriedade é perpétua. A construção da propriedade em fiduciária e fideicomissária e a da propriedade resolúvel apenas concernem a *restrições* negociais, e não a limitações. Mas a lei pode criar limitações temporais à propriedade desde que, úo fazê-lo, respeite os princípios constitucionais. Não há vedação a *priori* da temporariedade da propriedade; nem o ser absoluto o direito se opõe a que temporalmente seja limitado. Por outro lado, os exemplos, que se apontam, de propriedade temporalmente limitada, fora da propriedade intelectual e das riquezas exauriveis, são falsos exemplos; tais como o da reverso, em se tratando de dote (art. 283; *e. g.,* F.

MEsSINEO, *Manuale,* II, 24 si, ou de doação (art. 1.174), o do pacto de retrovenda *(arts.* 1.140-1.143), o do pacto de preferência (arts. 1.149-1.157), o do pacto de melhor comprador (arts. 1.158-1.162), em que não se pode ver transferência *ad tem pus.* Á transferência da propriedade é perpétua, ou por todo o tempo em que ela subsista. Se foi introduzido pacto de restrição *ad tempus,* em princípio vale a constituição ou transferência do direito real e não vale o pacto. A exceção mais notável é a do art. 647 do Código Civil, relativo a imóveis:

—Resolvido o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução,

pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha‖.

4.GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE. A Constituição de 1946, art. 141, *§* 16, assenta: -É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização posterior‖. No art. 147: —O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, *§* 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos‖. Os princípios que se contem no art. 141, *§* 16, correspondem a grau assaz elevado da evolução social, quando não mais se pensou em direito dos Príncipes acima do direito de propriedade, nem se permitiu a desapropriação sem justa causa, nem sem a indenização completa e prévia -O principio, que serve de cerne, é o princípio da inviolabilidade da propriedade, que superou o *Salta publica suprema lez* e a praxe expropriatória do Estado absoluto do tipo francês (cf. Rícn NEUHAUS, *fie Unverletzlixhjceit des Eigentums,* 4 s. e 20 s.). Quanto à desapropriação, às limitações ao uso da propriedade e às incursões permitidas na esfera jurídica dos proprietários, há *leges especiales* de que falaremos a seu tempo.

A *publicização* da propriedade imobiliária não se dá sem obediência aos princípios constitucionais e legais. Não é do arbítrio do Poder Público tornar estrada pública, ou rua, ou caminho público, o que está na esfera jurídica de outrem. A Constituição de 1946, art. 141, *§* 16, assegura a propriedade contra os atos dos poderes públicos e só lhes permite a desapropriação e a requisição, em se lhe compondo, àquela ou a essa, os pressupostos necessários e suficientes, Assim, a União, o Estado-membro, o Distrito Federal, o Território e o Município tem de restituir o trato de terra que a outrem tirou para a via pública, ou que estava sem cêrca, ou delimitação, e fez-se, por uso de autoridades públicas ou transeuntes, via pública. Enquanto o domínio não se extingue ou não prescreve a ação de reivindicação, cabe ao dono a *rei vindicatio* (Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de março de 1928, *R. dos T,* 65, 624: —A Municipalidade é obrigada a restituir a seu dono o trato de terras que ocupa com uma via pública, desde que não prove que esse terreno do domínio particular do reivindicante tenha caído no domínio público por qualquer título‖). No acórdão da 33 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de janeiro de 1931

(77, 160), enxertou-se noção errada, a de que a destinação ao uso público pode ser a líbito da autoridade pública:

—Ficando fora do comércio, atento o destino que lhe foi dado, um terreno particular transformado em via pública, impossível é a sua reivindicação pelo proprietário que se viu dele há anos privado, a quem fica ressalvado o direito que porventura tenha à indenização do seu respectivo valor‖. Ofendia-se, assim, a Constituição de 1891, art. 72, *§*

18, como se ofenderia, hoje, o art. 141, *§* 16, da Constituição de 1946.

§ 1.165. Abuso do direito de propriedade

1.CONCEPÇÃO ABSOLUTISTA. A concepção absolutista dos direitos subjetivos (tese), em seu típico atomismo, entendia que os direitos subjetivos independem uns dos outros. Movem-se, convivem, sem se *encontrarem.* O

mundo jurídico seria de tal modo construído que todos os direitos se estenderiam, como linhas retas, sem se ferirem, sem se tocarem. Não escapou a tal concepção a própria construção do condomínio O egoismo humano achou em tal teoria campo livre para a sua expansão, para o desenrolar-se do individualismo, do pluralismo jurídico mais abstrato.

2.CONCEPÇÃO RELATIVISTA. A concepção relativista pura (antítese) sustentou o contrário. O direito de cada um seria, apenas, o reflexo do direito objetivo, sem maior consistência e resistência que a tolerada pelo interesse comum ou geral. Um serviço prestou ela: o de solapar o **Nemo iniuria facit qui jure* suo *utitur.* Mas feria a realidade.

8.SÍNTESE. A síntese apresentou-se em concepção que assentou: a) Haver limites dos direitos, ao lado de extensão e projeção, irredutíveis, deles: eles se lançam, como as linhas com que o absolutismo os concebia, porém param, cessam, tem limites. *b)* Além desses limites, os direitos são relativos no sentido de serem muitos os direitos, entrelaçarem.~se, tocarem-se; e ser preciso admitir-se que, ainda quando não ultrapassem aquele limites, abusos há que se não devem tolerar. A diferença entre os dois conceitos ressalta. Não se confundem as limitações aos direitos e a reação ao abuso do direito. A

esse respeito, nossos *Comentários ao Código de Processo Civil* (1, í.a ed., 126-185) A terceira concepção refletiu-se na legislação sobre o conteúdo do direito de propriedade, e alguns exemplos de abuso do direito passaram às leis. Tomando esse caráter, tornaram-se limitações as reações (doutrinárias) aos abusos. Porque todo direito tem a forma, a estrutura, que a lei lhe dá. Essas transformações de —regras relativas aos abusos do direito‖ para o campo das —regras limitativas do conteúdo do direito‖ de modo nenhum apagam a reação aos demais abusos do direito, isto é, de modo nenhum diminuem a relevância da teoria do abuso do direito (Código Civil, art. 160, 1) . O proprietário ou o inquilino do prédio que invoca o art. 554, ou o arE 555 do Código Civil, para evitar o mau uso da propriedade vizinha, não precisa de trazer à balha o art. 160, 1; porque, no seu âmbito, o art. 554

e o arE 555 já limitam o direito do proprietário vizinho. A teoria do abuso do direito serve exatamente para os casos que não foram previstos pela legislação.

Cada proprietário pode exercer o seu direito de propriedade até onde esse exercício não ofenda a outrem, isto é, aos direitos de outrem. Não se indaga da malícia, nem da má fé, nem da *imoralidade* ou *inoportunidade* do ato: basta a irregularidade objetiva. A má fé é conceito com que trabalham outras teorias que fazem parte dos sistemas jurídicos; dele não precisa a teoria do abuso do direito. Não se pode falar de abuso do direito se o —abuso‖ é do conteúdo (o agente dá ao conteúdo do seu direito extensão que ele não tem); ai, há usurpação, ato ilícito, e não abuso do direito, O abuso do direito supõe que o *conteúdo* não tenha sido excedido, porque lhe basta o excesso no *exercicio.*

4.ÔNUS DA PROVA. O que intenta ação fundada no abuso do direito de uso da propriedade tem o ônus de afirmar e provar sua legitimação ativa e a legitimação passiva do réu, a *irregularidade* do exercício do direito por parte do réu e o seu interesse. As provas são as que cada caso exige; de regra, a perícia. O juiz não tem mais arbítrio que o decorrente da lei processual. Os que, aí, falam de —prudente arbítrio do juiz‖ e que tantas alusões ao arbítrio judicial se afastam dos princípios, assim de direito material como de direito processual.

§ 1.166. Completação da propriedade

1.PRINCÍPIo DE ELASTICIDADE. O *principio de elasticidade* ou *de*

atração ou *de completação* tem exemplo típico nos arts. 789, 1, li, III, VI e VII, 745 e 748 do Código Civil. Segundo essas regras legais, extinguindo-se o usufruto, o uso e a habitação, o domínio preenche o lugar que lhes cabia. Não se pode invocar o direito do dono do prédio à atração ou enchimento, se não se trata de direito real elemento ou de direito real de garantia, que se extingue. Por isso mesmo, quando se trata de *outro* direito de domínio, a regra explicita é necessária: *a)* Na enfiteuse, o dono ou senhorio do prédio aforado tem a *ação de comisso,* que é ação executiva *lato sensu,* em que a sentença é de cognição e de execução, sem adiantamento daquela (compare-se com as ações executivas de cognição incompleta, Código de Processo Civil, arts. 298401, e as executivas de cognição completa, arts. 882 e 883), parecida com a ação do

art. 1.006 do Código de Processo Civil. *b)* O fiduciário, nos casos do art. 1.788, fica livre da transmissão fideiçomissária, se o fideicomissário morre antes dele, ou de se realizar a condição resolutiva, ou, ainda (nosso *Tratado dos Testamentos,* IV, 248 s.), se o fideicomisso é a termo que não foi atingido.

2.SERvIDÕEs E LIBERAÇÃO. Extinta a servidão, o bem serviente fica livre dela. Essa tautologia prescinde de qualquer pesquisa de figura jurídica pela qual se explique. No direito brasileiro, a servidão, uma vez transcrita, só se extingue, com respeito a terceiros, quando cancelada a transcrição (Código Civil, art. 708) . Quer dizer: a servidão pode extinguir-se, sem ter eficácia, quanto a terceiros, desde logo, a extinção. O prédio libera-se, mas a liberação, quanto a terceiros, é retardada, até que se cancele a transcrição. O que só se extingue quanto a terceiros é a *eficácia.*

No direito romano, havia casos esporádicos de derrelicção do fundo, para se fugir, por exemplo, à servidão *oneris ferendi.* Não os possuímos. Renuncia-se à propriedade, e a servidão continua.

Teremos ensejo de mostrar, no correr desta obra, quais os limites do princípio da consolidação: definindo-se o domínio como se deve (§ 1.161) e aludindo-se ao cerne que ele supõe, ainda que se tenham tirado todas as outras pretensões, a ele volta o que se despregou de relação com outrem que o dono do prédio. Por isso mesmo, não há consolidação entre condôminos: o domínio de um não é elemento tirado ao domínio do outro.

CAPITULO III

DOMÍNIO

§ 1.167. Propriedade e domínio

1.CONCEITO. Propriedade é tudo que se tem como *próprio.* O que achou o anel de outrem, perdido na rua, ainda durante o tempo em que o pôs no dedo, ou no bolso, não o tem como próprio: não lhe cabe a propriedade; e sim, apenas, a tença, que não é, sequer, a *posse.* Quando, em documento português de Lamego, datado de 1403, que vem no *Elucidério das Pa.lavras, Termos e Frases Antiquadas* de frei JOAQUIM DE SANTA RosA DE VITERBO, verbo —Tença‖, se lê —E por esta doação nos damos logo a *posse* e *tença* dos ditos moinhos‖, claro nos é que o doador entregava a posse e a tença, que o possuidor pode não ter, como o proprietário pode não ter nem posse nem tença. É *próprio* nosso tudo que é parte do nosso patrimônio, que é o nome que se emprega para designar o *todo* composto dos bens reunidos sob a pessoa a que pertence. *(Patrimonium* vem de *yater,* pai, porque só se tinha o que dele vinha, e a palavra revela a tara econômica e psicanalítica.) Se disséssemos —minha propriedade‖, não aludiríamos a esse todo. O patrimônio é coextensivo às propriedades de alguém, quer se trate de direitos reais, quer‘

de direitos pessoais. O domínio, não. Não há domínio de direitos pessoais. Já ai intervém o conceito de *corporiedade;* não se fala do domínio dos direitos oriundos de contrato de locação de serviços ou de empréstimo. A *dominica potestas* é o poder sobre as coisas (corpóreas), assim como se falava e se fala de *patria potestas* ou poder do pai sobre os filhos; se bem que, entre os prepotentes romanos, a distinção fosse quase nula, pela carga de despotiamos da sua civilização: tanto coisas quanto filhos ficavam à mercê do —dono‖ da casa, *is qui in domo dominium habet.* Família eram, para eles, em primeira linha, os escravos.

2.DOMÍNIO E PROPRIEDADE. Às vezes, a palavra —propriedade‖ é usada em lugar de —domínio‖ *(e. g.,* Código Civil, art. 674), porém há-se de advertir em que o sentido deixou de ser o próprio, para ser restrito *(e. g.,* para o direito romano, cita-se a L. 13, pr., D., *de adquirendo rerurn. dominio,* 41, 1, onde se diz —dominiuin mihi, id est proprietas‖, se bem que se trate de interpolação a NERÁCIO; no direito luso-brasileiro, Assento de 16 de fevereiro de 1786, 29, *in une:*

—. . . não lhe dever ser julgada a propriedade‖).

3.CONCEITO DE DOMÍNIO. Domínio é o direito limitado, quanto ao conteúdo, mas, dentro desse, ilimitado, de poder sobre a coisa. Não há dúvida que é suscetível de limitações pela lei (Constituição de 1946, art. 141, *§* 16; nossos *Comentários,* IV, 210 s.), ou de restrições em virtude de *negócios juridicos.* Ao contrário das limitações concernentes ao conteúdo em abstrato, as restrições não atingem o conteúdo abstrato da propriedade ou do domínio.

Os direitos que a outrem pertençam sobre a coisa, uma vez extintos, deixam pleno o direito de domínio. Chama-se a isso *principio de elasticidade da propriedade,* se bem que mais se trate de expansividade: se algum direito sobre a coisa alheia, ou alguma constrição (arresto, sequestro, penhora) cessa, ele preenche o espaço todo. Quanto às limitações legais, são elas que dão o conteúdo do direito de propriedade, em vez de ser a *priori* esse conteúdo. Não se deve falar, ainda a respeito de —direito de propriedade‖ segundo o art. 141, *§* 16, da Constituição de 1946, de conceito que se imponha ao legislador futuro como indeformável, absoluto. Protege-se, ali, a instituição; não determinada concepção da propriedade individual. A enfiteuse é domínio útil; mas é direito-elemento, que se separou em domínio. A construção do Código Civil continua de ser essa, a despeito do art. 674, que encambulhou enfiteuse, servidões, usufruto, uso, habitação, rendas, penhor, anticrese, hipoteca, e deixou fora a propriedade fideicomissária. O domínio não é ilimitado. A referência à ilimitação do domínio procede da velha concepção absolutista da propriedade, que aliás recaia, antes, em coisas inanimadas, em animais e em homens. O poder ilimitado ia até a destruição daquelas e à morte desses. Quando, hoje, abrimos certos livros e vemos repetido que o domínio é ilimitado, temos a prova de que tais escritores não pensaram, sequer, a matéria de que trataram, não atenderam, por exemplo, à entrada de *limitação* ao conteúdo do direito da propriedade, com os direitos de vizinhança por exemplo. O domínio, hoje em dia, é apenas o mais amplo poder que se —pode‖ exercer sobre a coisa.

A lei é que dá o conteúdo da propriedade e do domínio, na concepção contemporânea.

4.UNITARIEDADE DO CONCEITO DE DOMÍNIO. O conceito de domínio é unitário. Não varia conforme as coisas, se bem que possa o domínio sobre alguns bens não sofrer limitações que sofre o domínio

sobre outros. A estrutura jurídica é uma só; o conteúdo econômico-social é que, sendo diferente, diferentemente se expõe às regras jurídicas sobre as limitações de conteúdo.

5.CONTEÚDO DO DOMÍNIO. O domínio contém em si o poder de usar da coisa, em todas as suas vantagens e utilidades, *dominium, plena in re potestas;* e de praticar, quanto a ela, todos os atos que sejam sem ofensa a outrem, e somente nesse sentido se pode, hoje, repetir o *videtur dolo facere, qui suo iure utitur* (L. 55, D., *de diversis regulis juris anti qul,* 50, 17; Assento de 2 de março de 1786, *verbis* —E além‖). Também lhe toca perceber os frutos. Dentro do conceito a *posteriori* que resulta da Constituição e das leis ordinárias, o direito de propriedade, ou, melhor, por precisão, o domínio, é que se tem como ilimitado (ilimitação interior) e exclusivo: a lei limita-o; e restringe-o a vontade do *dominus.* A concepção do direito de propriedade como direito absoluto, à semelhança da *liberdade física* e da *liberdade de pensamento,* ou, melhor, *da psique,* ou da *igualdade perante a lei,* proveio de equiparação indevida, de fundo absolutista, nítida no Código Civil francês, art. 544: —. . . le droit de jouir et disposer des choses de la maniàre la plus absolue.‖ O que há de lenda em tal concepção, a que nunca se adaptou de todo a vida, ainda na antiguidade, não é aqui o lugar próprio para se mostrar. Teremos ensejo de referir-nos a ela e de dar as soluções clássicas e contemporâneas.

6.ELEMENTOS DO DOMÍNIO. São elementos componentes do domínio: a) o direito de ter e possuir a coisa *(tença* e *direito de posse),* sendo pertinente a distinção entre a pretensão à posse, que tem o proprietário, *jus possidendi,* e a pretensão à posse em si, o *ius possessionis* do possuidor (Código Civil, arts. 485-523) ; 10 o direito de usar a coisa, *i"us utendi,* que é, por exemplo, o de quem mora na própria casa; *c)* o direito de fruir a coisa, *ius frue mii,* que dá as pretensões aos frutos, rendimentos e produtos; Li o direito de dispor da coisa, o *ius abutendi,* em sua materialidade (transformar a coisa para cultivo, reconstrução, ou readaptação; demolir, soterrar, desnaturar, destruir), ou em sua juridicidade (imediata, alienação, ou gravação, ou limitação de poder; ou mediata renúncia, derrelicção) ; *e)* o direito à substância do direito de domínio, à *nudas proprietas,* tal como *fica* ao dono da coisa quando a outrem cabe, por ato do dono atual, ou de dono anterior, o usufruto; e não se confunde com o *ins abutendi,* pois a propriedade pode ser gravada de inalienabilidade e de usufruto. A esses direitos correspondem pretensões diferentes. Delas nascem *ações,* se houve infrações por outrem, tais como: a de

reivindicação (Código Civil, art.

524) ; a de indenização por perdas e danos (arte. 159, 160, 1.518-1.529), ainda sem culpa; as de ordem *penal* (ações do direito penal) ; as de posse.

7.DIREITO Á SUBSTÂNCIA.~. O cerne do domínio é o direito chamado direito à substância, expressão imprópria, mas que se firmou. Cercam-no direitos, pretensões e ações que *podem* desaparecer, sem que o domínio desapareça.

Ainda tem domínio o dono de casa que é inalienável, impenhorável, ingravável; ou o da coisa inalienável, sujeita a usufruto e gravada de algum *modus* ou encargo.

O direito à substância não é mais do que relação entre o dono e a sociedade, cujo conteúdo é dado pelo princípio —Se desaparecem todas as limitações e restrições *ao* direito do dono, ele, e não outrem, recupera os direitos, pretensões e ações que não tinha, devido a essas limitações e restrições‖. Atração por parte do sujeito do direito, como a acessão por parte do objeto. (O *principio* dito *de elasticidade,* ou *de atração,* ou *de completação,* não é peculiar ao domínio.

O direito da mãe quanto ao filho tem a mesma qualidade, que os Romanos atribuíam à propriedade. A respeito, H.

C. Hmscn, *Die tJbertragung der Rechtsausiibung,* 217.)

§ 1.168. Objeto do domínio

1. CORPORIEDADE DO OBJETO. Só as coisas, de per si, podem ser objeto de domínio. As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas de água, constituem propriedade *distinta* da propriedade do solo para o efeito da exploração; ou aproveitamento industrial (Constituição de 1946, art. 152). Não há domínio de coisas coletivas, como o rebanho e a biblioteca; o domínio é de cada animal, que faz parte do rebanho, e de cada livro, cadeira ou mesa com que se compõe a biblioteca. Nem há domínio sobre patrimônios: há domínio sobre cada bem que faz parte do patrimônio. Por isso, a mulher casada ou o homem casado sob o regime de comunhão de bens é dono de cada bem, por metade. Nem há domínio da coisa *até certa porção,* se bem que haja comunhão *pro indiviso* (compropriedade), ou divisão da coisa, materialmente una, em coisas ou partes juridicamente distintas

(apartamentos, paredes meias). Ora, o dono de apartamento é dono de parte, não de coisa ═apartada, posta de parte, à parte; por isso mesmo que, no resto do edifício materialmente considerado,~ há condomínio de algumas paredes, portas, etc. Aqui há a antinomia, tantas vezes encontrada, em filosofia, entre o pensamento e a matéria, a psique e as coisas. O que é comum, na comunhão *pro indiviso,* é a coisa: os condôminos encontram-se no mesmo objeto em que seus direitos concorrem (cp. A. VON TUHR, *Der Álígemeine Teu,* 1, 83) . A. *plena proprietas* é, nos nossos dias,

—limitada‖ pela lei. De regra, só o corpóreo é objeto de domínio.

2.COISAS QUE O DOMÍNIO ABRANGE. Entram no domínio: a) a coisa em seu todo inicial, ao ser objeto de direito; *b)* as riquezas materiais a ela inerentes; *c)* os frutos e produtos; *d)* as fontes, as nascentes e as correntes de água no que atravessam o terreno.

Tratando-se de bem imóvel, entram no domínio: a) o solo, com a superfície, as seus acessórios e adjacências naturais; *b)* o espaço aéreo e o subsolo; *c)* tudo quanto for incorporado permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano; *d)* tudo que o proprietário (ou outrem) intencionalmente empregar em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade, desde que o faça ligando-o ao imóvel; *e)* o que somente a titulo provisório estiver separado do prédio, isto é, quando se destine a ser reempregado nele (Código Civil, arts. 43 e 46); *f)* os produtos orgânicos da superfície; *g)* os minerais e outros produtos *(e. g.* petróleo), contidos no subsolo; *h)* as benfeitorias úteis e as necessárias; *i)* as benfeitorias voluptuárias que não podem ser tiradas sem dano e que tenham de ficar em virtude de contrato (cp. Código Civil, arts. 62 e 63).

3.PERECIMENTO DO OBJETO. Se perece a coisa, perece o direito de domínio; *e. g.,* se o mar invade definitivamente a terra que era objeto de tal direito, ou se o fogo destrói a casa.

§ 1.169. Conceito histórico de domínio

1.HISTORISMO E APRIORISMO. O conceito de propriedade, de domínio, em qualquer momento do passado em que o consideremos, é *histórico,* de formação e evolução históricas, se bem que atitudes prós e contras tendam a mostrá-lo como conceito a *priori,* para supor

sempre existente a forma de hoje, ou para lhe prever a extinção. O que vemos na história humana é a transformação, que terá de set profunda, não a desaparição da propriedade.

O conceito de domínio fez-se aos poucos, a partir da propriedade individual. A exclusividade, que ele implica, que, nele, se refere à própria coisa, e não só ao seu uso, existiu primeiro quanto a esse. A propriedade coletiva tribal, ou, mais amplamente, grupal precedeu à propriedade individual. Porém não fora, nunca, comunistica (de todos) ; fora do grupo, distribuído o uso, segundo critério também de interesse grupal. À formação histórica da propriedade individual presidiu o principio do interesse de cada um. De modo que ficou esse *em frente* ao interesse grupal, mais antigo. Depois, com a quase absorção do interesse grupal pelo individual, o interesse grupal reagiu como antítese.

Na interpretação das regras sobre domínio e sobre os demais direitos reais, deve-se partir das origens, em cada povo ou circulo de civilização. Só assim atendemos a que, mediante o processo de categorização, o domínio e os direitos reais chegaram a ser *categorias juridicae.*

2.FORMAÇÃO HISTÓRICA DAS CATEGORIAS JURIDICAS: BOM E NOS E GODOS; ÁRABES E

RECONQUISTA. A propriedade comum, grupal, precedeu a individual, embora, hoje, vivendo em ambiente saturado de direito individualista, pensemos primeiro em domínio e, depois, em comunhão ou condomínio. Depois, individualizando-se a propriedade, em vez de servir aos individuos e à família, tornou-se em sua negação: o latifúndio. O individualismo despótico deu, e dá sempre, a propriedade latifundiária, senhorial, que estiola a economia dos povos e impede a valorização do ser humano, pelo agravamento da desigualdade. Em Roma, a transformação das possesiones, porções de *ager publicus* ocupadas pelos patricios, em propriedade *particular,* levou à concentração crescente da fortuna imobiliária. Formados os latifúndios em Portugal sobreveio a invasão germinica.

Quando os Visigodos invadiram e se estabeleceram na Península Ibérica, tomaram para si dois terços das terras, *sortes gothorum,* e deixaram que os Hispano-romanos ficassem com o resto, a terça romana, *tertia cortunuz.* À

origem da distribuição das terras, em Portugal, está, pois, a *invasão,* e

não *o trabalho.* Aliás, como em toda a Europa, pelo principio *„O solo ao conquistador.* A expressão *sora* não traduzia o sorteio de terras, o

—sortegamento‖, porque, antes dos Germânicos entrarem na península, já a palavra *sors* significava o trato de terra, e nenhum documento, que conheçamos, fala do sorteio de terras aos Visigodos. Invenção de historiadores. Houve quem procurasse contestar a redistribuiçio de terras (e. *g.,* FUSTEL DE COULANGES, *Hi8toire dei Instttutlons poUtiques de Vancienne France,* 536 s.; Le problême des origines de la propriété foncîêre, *Revue dei Questiona Hustoriques,* 45, 849), parecendo-lhe que se deram os Visigodos a si-mesmos as terras.

Tratando-se de bem imóvel, entram no domínio: a) o solo, com a superfície, ás seus acessórios e adjacências naturais; *b)* o espaço aéreo e o subsolo; *c)* tudo quanto fOr incorporado permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano; *d)* tudo que o proprietário (ou outrem) intencionalmente empregar em sua exploração industrial, afarmoseamento, ou comodidade, desde que o faça ligando-o ao imóvel; *e)* o que somente a titulo provisório estiver separado do prédio, isto é, quando se destine a ser reempregado nele (Código Civil, arts. 43 e 46) ; *O* os produtos orgânicos da superfície; *g)* os minerais e outros produtos *(e. g.* petráleo), contidos no subsolo; *h)* as benfeitorias úteis e as necessárias; *i)* as benfeitorias voluptuárias que não podem ser tiradas sem dano e que tenham de ficar em virtude de contrato (cp. Código Civil, arts. 62 e 63).

8. PERECIMENTO DO OBJETO. Se perece a coisa, perece o direito de domínio; *e. g.,* se o mar invade definitivamente a terra que era objeto de tal direito, ou se o fogo destrói a casa.

§ 1.169. Conceito histórico de domínio

1.HISTORICISMO E APRIORISMO. O conceito de propriedade, de domínio, em qualquer momento do passado em que o consideremos, é *histórico,* de formação e evolução históricas, se bem que atitudes pró e contra tendam a mostrá-lo como conceito a *priori,* para supor sempre existente a forma de hoje, ou para lhe prever a extinção. O que vemos na história humana é a transformação, que terá de set profunda, não a desaparição da propriedade.

O conceito de domínio fez-se aos poucos, a partir da propriedade

individual. A exclusividade, que ele implica, que, nele, se refere à própria coisa, e não só ao seu uso, existiu primeiro quanto a esse. A propriedade coletiva tribal, ou, mais amplamente, grupal precedeu à propriedade individual. Porém não fOra, nunca, comunistica (de todos) ; fOra do grupo, distribuído o uso, segundo critério também de interesse grupal. À formação histórica da propriedade individual presidiu o principio do interesse de cada um. De modo que ficou esse *em frente* ao interesse grupal, mais antigo. Depois, com a quase absorção do interesse grupal pelo individual, o interesse grupal reagiu como antítese.

Na interpretação das regras sobre domínio e sobre os demais direitos reais, deve-se partir das origens, em cada povo ou circulo de civilização. Só assim atendemos a que, mediante o processo de categorização, o domínio e os direitos reais chegaram a ser *categorias juridicas.*

2.FORMAÇÃO HISTÓRICA DAS CATEGORIAS JURÍDICAS: ROMANOS E GODOS; ÁRABES E

RECONQUISTA. A propriedade comum, grupal, precedeu a individual, embora, hoje, vivendo em ambiente saturado de direito individualista, pensemos primeiro em domínio e, depois, em comunhão ou condomínio. Depois, Individualizando-se a propriedade, em vez de servir aos individuos e à família, tornou-se em sua negação: o latifúndio. O individualismo despótico deu, e dá sempre, a propriedade latifundiária, senhorial, que estiola a economia dos povos e Impede a valorização do ser humano, pelo agravamento da desigualdade. Em Roma, a transformação das *possessiones,* porções de *ager pubucus* ocupadas pelos patricios, em propriedade *particular,* levou à concentração crescente da fortuna imobiliária. Formados os latifúndios em Portugal sobrevelo a invasão germânica.

Quando os Visigodos invadiram e se estabeleceram na Península Ibérica, tomaram para si dois terços das terras, *sortes gothorum,* e deixaram que os Hispano-romanos ficassem com o resto, a terça romana, *tertia romana.* À

origem da distribuição das terras, em Portugal, está, pois, a *invasão,* e não *o trabalho.* Aliás, como em toda a Europa, pelo principio *„O solo ao conquistador.* A expressão *sora* não traduzia o sorteio de terras, o

—sortegamento‖, porque, antes dos Germânicos entrarem na península, já a palavra *soro* significava o trato de terra, e nenhum

documento, que conheçamos, fala do sorteio de terras aos Visigodos. Invenção de historiadores. Houve quem procurasse contestar a redistribuição de terras (e. *g.,* FUSTEL DE COULANGES, *Histoire de. Institutions politiques de Úa,ncienne France,* 536 s.; Le problême des origines de la propriété foncière, *Revue de, Questiona Historiques, 45,* 849), parecendo-lhe que se deram os Visigodos a si-mesmos as terras.

no que pertenciam aos reis (domínio público), tanto mais quanto os Germanos tinham a pilhagem como direito do vencedor, sem ir, porém, ao confisco das terras. Para que nos convençamos da redistribuição, basta lermos o Capítulo CCLXXVII do *Palimpsesto de Corbie,* onde dela se fala, e a confirmação que vem no Livro X, Título 1, L.

2, do Código Visigótico (edição de Madride), onde se veda qualquer alteração na repartição das terras entre Gêdos e Romanos, de modo que uns nada tomem dos outros: —flivisio inter gotum et romanum facta de portione terrarum sive silvarum, nuíla ratione turbetur, si tamen probatur celebrata divisio; nec de duabus partibus goti aliquid sibi romanus praesumat, aut vindicet, aut de tertia romani gotus sibi aliquid audeat usurpare aut vindicare, nisi quod a nostra forsitan ei fuerit largitate donatum; sed quod a parentibus vel vicinis divisum est, posteritas immutare non tentet‖. GAMA BAfos *(História da Administração Pública em Portugal,* 1, 889 s.) aceitou a versão de FRJSTEL

DE COULANGES, que se impressionara com o não se encontrar referência dos contemporâneos ao fato, apesar da sua gravidade - Gravidade! A redistribuição era fato normal, de que os Romanos invasores deram exemplo. O que mais se há de pensar é que cada Visigodo entrou na posse de dois terços das terras de cada Romano (hispânico-romano) como interpretou E - GARSONNET *(Eistoire des Locations PerpetueUes,* 189), ou que se procedeu a redistribuíção segundo plano geral dos invasores; tal como preferimos crer. Não se coadunava com a mentalidade germânica essa *divisio inter Gotum et Roma.nnm facta* a —é da caso individual‖. Os casos foram *aplicações* da regra redistributiva que *incidira;* o —si tamen probatur celebrata divisio‖, com que argumentava FUSTEL DE

COULANGES, referia-se a atos de aplicação, tratados, então, como *direitos adquiridos,* no mesmo plano que os contratos celebrados antes de chegarem os Visigodos. É‘ o que se lê no Livro X, Título 3, L. 5: —Si quodcumque ante adventum gotorum de alicuius fundi iure remotum est, et ad aliquam possessionem, aut venditione, aut donatione, aut divisione, aut aliqua transactione transíatum est; id in eius fundi ad

quem a romanis. antiquitus probatur adiunctum, iure consistat‖ - Se as leis visigóticas tivessem o fim de legalizar extorsões parciais, por certo não se teria falado de *divisio inter*

Gotum et Romanum, nem de duas partes dos Gêdos e têrça romana - Já Dunos *(Histoire critique de Vétablissement de la Monarchie Française darts les Gaules,* III, 474 e 484) aceitava a brandura com que os Visigodos trataram a sociedade invadida, mas confirmou que redistribuiram terras.

O que mais importa saber-se é que foram os latifúndios, ou, pelo menos, quase só eles, pertencentes aos senhores, que sofreram a redistribuição. A economia dos lavradores não foi atingida, senão para melhor: preferiam ir para as terras dos Visigodos onde se respirava ar de liberdade. Tanto não é verdadeira a interpretação individualística de E.

GÀRSONNET, que, pensando nas usurpações individuais, o Código Visigótico mandava que os Germanos espoliadores as devolvessem, salvo se já passados cinquenta anos (Livro XVI, Título 1, L. 10) Bosques e prados eram propriedade comum sob os Visigodos. O círculo dos comuneiros ora se restringia, ora aumentava. Alguns bosques eram comuns até a passantes, aos *iteragentes,* que podiam levar até lá o gado; no tempo do fruto, *tempore glandis,* só aos compartes, círculo menor se permitia a entrada (Código Visigótico, Livro VIII, Título 5, L. 1 e 2). Havia bosques e prados particulares, porém eram utilizáveis pelos *hospites* e *consortes,* salvo em tempo proibido, se não fechados (princípio da comunidade das ervas acessíveis, Código Visigótico, Livro VIII, Título 4, Lã 27) - Chamava—se *terra vaga* a ainda não apropriada; *terra deserta,* ou *de cora,* a terra abandonada.

Com a invasão muçulmana, os bens comuns desapareceram, ou diminuiram; com a Reconquista, os reis, querendo repovoar o país, doaram ou concederam terras às localidades. Os Forais e os *Fueros* referem-se, claramente, a esses bens comuns, a cada passo.

As terras dos proprietários gêdos, dos *consortes,* chamavam-se *sortes goticae;* as dos proprietários hispano-romanos, dos *liospites, tertiae romanorum.* Distinção de importância era, então, a que se fazia, juridicamente, entre *terras vedadas* e *terras abertas* - Onde não havia fechamento era como se emergisse a propriedade coletiva germânica que encontrava o lastro do antigo coletivismo autóctone - Na vedação das terras, com a conseqüente proteção legal, muito havia da liberdade germânica, *especializada,* tal como se afirmou no *pense pio da*

enviou beldade do domicilio. Os Genianos tinham como espaço livre e protegido a casa e seus contornos (curral, hOrto, pátio, *curtis).* Havia em Portugal a *vila romana.* Que eram as *vilas?* —Vilia‖ era, antes, apenas a residência, a casa do *dorninus.* Depois houve a dilatação: a casa + o que restava dentro de prédio rústico; portanto, casa, casa dos trabalhadores, celeiros, estábulos, terrenos cultivados ou não. O que importava era a unidade rural, em tOrno do *dominus.* Depois, as vilas partiram-se, surgindo as pequenas propriedades.

Na Reconquista, a propriedade distinguia-se em *alodial, beneficial* e *censual,* conforme se tratava de propriedade absoluta e livre, ou de propriedade que, tomada aos Árabes invasores pelo rei das Astúrias e pelos proprietários gêdos insubmissos aos Muçulmanos, era concedida pelo rei das Astúrias, após Reconquista, ou pelos nobres, donos de alódios, gravados com dever de fidelidade e obrigação de certos serviços pessoais (propriedade dita beneficial, devido ao ser concedida em benefício do que a adquiria), ou de propriedade conferida aos colonos para que as cultivassem, mediante renda. Desde o século VIII, a ocupação, a *presúria,* era meio de se adquirir a propriedade.

Ora os presores tinham autorização do rei, ora não. Por vAzes sujeitos a só alienarem a vizinhos, ou a residirem no lugar.

§ 1.170. As categorias jurídicas segundo o sujeito do direito

1.REGUENGOS. Os bens da coroa eram chamados *reguengos.* Depois, distinguiram-se os *bens dos reis* em bens patrimoniais do rei e bens patrimoniais do Estado - As fontes eram muitas: desde a conquista, a herança dos bens do vilão sem filhos *(maninhigo, maneria)* e os bens perdidos pelo criminoso *(pro iudicato)* até os bens usurpados, as rendas agrárias (porção, ração, terrádigo, direituras) -

2.JUGARIA. Ao direito às terras distribuídas ao povo, mas subordinadas ao tributo (jugada), dava-se o nome de *jugaria;* às terras, o de terras jugadeiras. E‘ interessante observar-se que, se procuramos saber o que é a jugada, temos de conceitua-la como o que a terra lanada por um jugo de bois poderia produzir em cereais, vinho e linho. As Ordenações Filipinas, Livro II, Titulo 33, e o Alvará de 25 de maio de 1716 não foram claros. O empobrecimento da população que às vezes não tinha bois, ou semente possuía um, ou semeava com bois de outrem (ceareiros), ou trabalhavam (cavões) de enxada, levou EL Manuel a escalonar outras medidas agrárias menores.

3.COUTOS E HONRAS. Aos nobres eram doadas terras *(coutos* e *honras)* imunes aos tributos fiscais. Aí, tinham os donos jurisdição, ou por imunidade própria *(couto),* ou por fOrça da concessão real. Sob as Ordenações Filipinas (Livro II, Titulo 48) ainda perdurou a jurisdição nos coutos e honras; porém já o poder real a enfraquecera, até que a Lei de 19 de julho de 1790 arrebentou os tanques feudais em que se dividia o poder.

4.MORGADOS. A política da perpetuação da fortuna familiar, associada *à* primogenitura, deu os *morgados.* No fundo estava o propósito de assegurar, com a riqueza, a honra e o temor. Na Lei das Sete Partidas (Partida V, Título 5, 1. 44), depois de se dizer que a instituição de herança se fazia com a cláusula de inalienabilidade (—non sea enagenada‖, —mas que fique siempre a mi hijo o à mi heredero‖), explicitava-se que isso se dispunha com a intenção de assegurar o orgulho e a arrogância e a prepotência nobres: —porque sea siempre más honrado e más temido‖.

Foi em Castela que o morgado se tornou instituição jurídica caracterizada, categoria de direito das sucessões, separando-se da inicial concepção de classe nobre (principio de crescente simetria) : podiam os morgados ser instituídos pelos não-nobres, que assim imitavam a Asses e se davam, como aqueles, a ilusão da perpetuidade.

Foi a Lei de 15 de setembro de 1557 (D - Sebastião) que primeiro se referiu aos morgados, resolvendo dúvidas (Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 100). As Ordenações Âfonsinas ignoravam tais instituições de herdeiros, sintoma da decadência de Portugal; as Ordenações Manuelinas a elas aludiram, de passagem (Livro II, Titulo 35, *§*

48). Os juristas JORGE DE CABEDO, ALVARO VALASCO e MANUEL ALVAILES PÉGAS

delas trataram.

O morgado não serviu só à nobreza - Todo burguês rico queria perpetuar-se, pensando em distinguir, no futuro, o primogênito. Os inconvenientes ressaltaram. As injustiças aos filhos, por vaidade dos pais, não faltaram. O Marquês de Pombal, reformando os morgados, ainda os quis salvar. E salvar a nobreza, restringindo-os a ela - O século XIX

extinguiu os morgados. Em Portugal, pela Lei de 19 de maio de 1863; no Brasil, pela Lei de 6 de outubro de 1835, art. 1.0, quando também

se aboliram as *capelas,* encargos perpétuos de missas, aniversários, obras pias, impostos a certos bens.

5. LEI DAS SESMARIAS. A lei das sesmarias, publicada em 1375, ao tempo de D. Fernando, passou às Ordenações Afonsinas (Livro IV, Título 81, *§* 1), quase integralmente. Por ela tentava-se a política de obrigar os senhores de terras a cultivá-las, ou aforá-las, ou arrendá-las. Se resistissem, tirar-se-lhes-iam as terras e dar-se-iam a quem as quisesse cultivar, por meio de arrendamento entre os cultivadores e a justiça. (Erro psicológico de quem fez a lei: o povo repele sempre contratos em que a outra parte é a justiça. Por outro lado, em vez de partirem as terras e venderem, transforma-se a justiça em procurador legal dos proprietários inertes.) Comissão de —dois homens bons, dos melhores cidadãos‖ percorriam as terras para execução da lei. Os mendigos, vadios e mais ociosos tinham de ser presos e abrigados a trabalhar.

6.LEI DA AVOENGA. A lei da avoenga deu aos descendentes e parentes próximos o direito de preferência no caso de alienação dos bens hereditários da família, bem como o de remi-los dentro de certo prazo. Começara por ser proibição de vender fora da família se vindo por avoenga o bem (Afonso II), mas é interessante observar-se que o direito romano serviu, ai, de princípio superior de direito e nunca se aplicou, ao que parece, a lei. Afonso IV

recorreu à categoria do direito de preferência (Ordenações Afonsinas, Livro IV, Títulos 37 e 38).

§ 1.171. Os direitos reais antes do Código Civil

1.DIREITOS REAIS LIMITADOS, ANTES DO CÓDIGO CIVIL.Além do domínio, o direito anterior ao Código Civil conhecia: a enfiteuse, aforamento, prazo ou foro, dito domínio direto ou útil; a venda constituída sobre imóvel ou censo, reservatório, quando desmembrado (reservado) do imóvel que se alienava, ou consignativo, quando o dono do imóvel o constituía a favor de alguém; o usufruto; o uso; a habitação; o senhor; a hipoteca; a anticrese; e as servidões. Não tínhamos o direito de superfície, exceto quanto ao pau-brasil (Regimento de 12 de dezembro de 1605; Lei n 243, de 20 de novembro de 1841, art - 11; Regulamento de 11 de janeiro de 1942; cf. TEIXEIRA DE

FREITAS, *Consolidação das Leis Civis,* nota 21 do art. 52, *§* 2.~) - O povo concebia a propriedade dos coqueiros, em algumas regiões do norte do Brasil, como direito de superfície; o Código Civil não levou em conta esse —dado‖, que lhe ofereciam os costumes locais, de modo que perdeu esse meio de defesa o dono dos coqueiros - Como se ve, a categorização e o *numerus clausus* estabeleceram-se, e não houve diferença na transição entre o direito das Ordenações Filipinas, derrogadas por leis posteriores, e o do Código Civil.

2.ELEMENTOS HISTÓRICOS. A tradição dos direitos reais é romana. A influência germânica e as concepções modernas não conseguiram quebrar a armadura dos *iura inre,* desde o domínio até à hipoteca e o penhor, que são direitos já à porta do direito das obrigações, de que participam a divida e o crédito. Teremos ensejo, porém, de mostrar que o conceito romano se transformou. A transformação atendeu a sugestões econômicas. e culturais -

Sem partirmos de *conceitos* e *enunciados* exatos quanto à propriedade no direito brasileiro principalmente civil não poderemos chegar à elaboração de *conclusões,* que sejam respostas adequadas e acertadas do juiz ou do jurista às *quaestes juris* - À medida que tivermos de vencer as dificuldades que as categorias especiais (edifício de apartamentos, loteamento, promessas de compra-e-venda de lotes ou de terrenos sem a loteação inscrita, compra-e-venda a prazo de prédios,condição resolutiva e direito de resolução, etc.), veremos que tudo se simplificou por havermos —limpado de escórias‖, policiado, polido, o nosso cabedal liminar.

O direito é ciência difícil; e exposta, mais do que as outras, à ousadia dos que a querem enfrentar e penetrar sem ,o preparo técnico indispensável. A troca de um conceito por outro, a ignorância de um princípio, o uso de um brocardo que não existe no sistema de direito *de que* se *trata,* tudo isso, que é fácil ocorrer nos que não se deram às fadigas das dezenas de anos de estudo, basta a que a conclusão ou toda uma série de conclusões seja errada.

Desgraçadamente, o crime de julgar contra direito é, hoje em dia, crime impunido. E‘ assunto em que se deve insistir. O jurista tem de conhecer o todo do direito isto é, o sistema jurídico de que se trata

—e de conhecer a *ciência do direito,* que é o todo de *conceitos* e *enunciados,* com que pode apanhar o sentido *histórico* das regras e das instituições, o sentido *atual* e toda a natureza da categoria jurídica ou da regra, no quadro científico. Missão difícil, que muitos não sabem

medir. Nem temer. Através dos dois milênios, a técnica do direito foi tomando corpo, depurando-se e apurando-se. Nos tempos romanos, o que o pensamento humano conseguiu em *conceitos precisos* e em *enunciados* de valor intrínseco e extrínseco foi enorme e os séculos posteriores os aproveitaram, corrigindo-os e desvendando-lhes as causas econômicas e psíquicas. A glosa, a pós-glosa e a investigação posterior, principalmente de duzentos anos para hoje, tornaram a ciência jurídica mancial em que todos os povos podem aprender e buscar materiais para as suas *leis* e para a explicação ou exposição delas -

3.PROPRIEDADE PLENA E NÃO-PLENA. No art. 525, o Código Civil insere distinção entre domínio ilimitado e dominio limitado, que pode levar a confusões. Diz o arE 525, 1? parte: —E‘ plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham retinidos no do proprietário‖. Melhor teria dito: —quando todos os seus elementos nela se contenham‖ - Na 2.~ parte, acrescentou-se: —limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel‖. Com isso, aludiu-se à limitação,quantitativa, do conteúdo, e à limitação temporal. A resolutividade concerne ao *tempus* - Em verdade, a propriedade ou é plena, ou não-plena plena, na espécie do art. 525, 1.~ parte; não-plena, nas espécies do arE 525, 2.~ parte. Evitando-se o termo —limitada‖, obvia-se aos inconvenientes que adviriam de também se falar de direitos reais limitados, em contraposição à propriedade, que é direito real ilimitado. No art. 527, formula-se: —O

domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário‖. Quem nega a exclusividade e plenitude está exposto à ação negatória, pois que o ato não tira a posse, mas ofende: já o proprietário vai a juízo sem precisar de prova, uma vez que tem por si a presunção do art. 527; e o ônus da prova tem-no o réu (6.8 Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 21 de janeiro de 1938, *R. F.,* 175, 110) . Se alguém, inclusive as pessoas jurídicas de direito público, entende que há direito que torne não-plena a propriedade, o ônus da alegação e da prova lhe cabe, sem que se possa esigir ao proprietário, para se poder defender, que deposite a importância que se diz devida (Côrte de Apelação do Distrito Federal, 15 de setembro de 1936, *R.* 9., 70, 72; 3□8 Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 4 de fevereiro de 1941, 87, 699: —Para a enfiteuse, *„porém,* sempre foi necessário título originário, jamais bastando que alguém se arrogasse senhoria direta de terreno pertencente a terceiro, para que tal direito lhe fosse reconhecido. A propriedade presume-se alodial (_1) até prova em contrário; despida de qualquer valor é simples declaração enxertada em uma transação entre terceiros, para o fim de criar ônus

real dessa natureza‖; Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de março de 1934, .1?. *dos 2*"., 92, 446:

—Todo imóvel se presume livre de servidão - O dono do imóvel tem por si essa presunção. Quem invoca a servidão deve de prová-la‖; 1.~ Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de dezembro de 1947, 172,

.563: —Existindo um principio geral, segundo o qual a regra é a liberdade plena do exercício do direito de propriedade, aquele que invoca uma derrogação desse princípio, como é o caso da existência de uma servidão sobre determinado prédio, está obrigado a provar de forma concludente a ocorrência de tal fato‖).

§ 1.172. Comunhão, compropriedade, condomínio

1.COMUNHÃO E CONDOMÍNIO.. No conceito de comunhão, há alusão a objeto, que é único, ou se toma como se fosse único *(e.* g, universalidades), e à pluralidade de sujeitos. Não há somente comunhão de direito real (erro de CANOS MAXIMILIANO, *Condomínio,* 7: —em virtude de um direito real‖). Basta pensar-se na comunhão mais conhecida e em que mais se usa o nome, a comunhão matrimonial universal de bens; nela, as dívidas ativas e até as dívidas passivas são *comuns.* (E‘ preciso, quando se fala de comunhão não se pensar só em condomínio, ou compropriedade.) —Denomina-se *condomínio em geral* a comunhão de propriedade‖, acrescenta o mesmo autor.

Outra definição inaceitável. A comunhão de propriedade é a compropriedade. Condomínio é apenas o domínio com dois ou mais sujeitos, titulares dele. O conceito de propriedade, sendo mais largo que o de domínio, faz maia largo que o de condomínio o conceito de compropriedade.

2.OS TRÊS CONCEITOS: COMUNHÃO, COMPROPRIEDÀDE, CONDOMÍNIO. Comunhão, compropriedade e condomínio são conceitos de diferentes abrangências, em decrescimento, porque são diferentes os conceitos de *direitos, bens* e *doranio.* A palavra *condominium* não aparece nas fontes romanas; o que lá se ve é —res communis‖,

—pro parte habere‖, —habere pro indiviso‖, O condômino é

—dominus‖; como o dono único, o *solus dominas.* Por ser *exclusivo* o domínio, não pode o bem pertencer, ao mesmo tempo, a duas pessoas, *in. solidum,* isto 4, por inteiro:

—Duorum in solidum dominium vel possessionem esse non posse‖ (L. 5, *§* 15, D., *comnodativel contra,* 18, 6). Tão-pouco, o domínio pode ser sobre parte da coisa, isto é, sobre pedaço: toda parte divisa é objeto pôr si só. Exceto a parede-meia e outras porções tais.

3.COMUNHÃO . Mas é possível: *a)* Que dois ou mais sujeitos de direito tenham o domínio da mesma coisa em toda ela, tendo cada um parte *intelectual,* dita também *ideal,* no todo, qual ocorre no condomínio, em que duas ou mais pessoas são donas de x de toda a coisa indivisa, de modo que de cada partícula que seja todas as pessoas são proprietárias em comum - E‘ a comunhão *pro indiviso* - Coisa indivisa, domínio de dois ou mais; comunhão de domínio. E‘ o condomínio, portanto, o tipo mais importante da compropriedade b) Que haja unidade material da coisa, porém, ao mesmo tempo, divisão material e jurídica de certas partes da coisa o que acontece se a proximidade e a existência de partes ou serviços *comuns* servem à superposição da unidade à pluralilidade. E‘ a comunhão *pro diviso.* A questão de poder haver, em construção jurídica científica, comunhão *pro diviso,* isto é, se isso não envolve *contradictio in adiecto,* é velha, e sempre nova - Mas resolve-se, como veremos, pela observação dos fatos mesmos: em toda comunhão *pro diviso,* quase toda a coisa está dividida em objeto *(e.* g., apartamentos), mas algo existe que é comum e integra a mesma coisa material (edifício, no caso do exemplo).

§ 1.173. Construções ontológicas do condomínio

1.CONCEPÇÕES DA INDIVISIO. (a) A construção clássica do condomínio é a do direito romano: cada sujeito de direito tem a sua parte alíquota; a coisa não é dividida materialmente; mas, por pertencer a muitos, há *partes indivisas.* Para alienar —toda a coisa‖ seria preciso o concurso de todos os sujeitos de direito. Ocorreria o mesmo se quisesse alienar toda uma parte *divisa.* Porque nessa parte todos são e continuariam de ser condôminos.

(b)No direito germânico, mais se prestou atenção à comunidade -que ao individuo, ao passo que o direito romano viu mais o indivíduo que a comunidade. Daí, para a alienação da parte indivisa, ser preciso, no direito-germânico, a mão-comum, o mancomunar-se, o ato de todos, tal como se estivesse em causa a alienação de toda a coisa.

Enquanto, no direito romano, era de mister a participação de todos nas medidas a serem adotadas, a *unanimidade,* o direito germânico subordinava os indivíduos à maioria - Os arts. 685-637 do Código Civil refletem a transação entre os dois sistemas jurídicos. Não é bem síntese, e sim meio termo.

2.PRECISÕES CONCEPTUAIS. Pergunta-se se o objeto do direito de cada condômino é a coisa toda, ou se é a parte alíquota - Se é a parte alíquota, o objeto é a *fração,* e não toda a coisa; se é toda a coisa, então se dá a concorrência de sujeitos em direito com o mesmo objeto, - devendo-se resolver pelos princípios da comunhão.

Verdade é, porém, que, se A compra a casa a e B compra a mesma casa, não há condomínio. Para que haja condomínio é preciso que A compre a t parte da casa e B outra *xm* parte, ou 2xt partes, ou o que quer que seja, menos a‘ que A comprou.

Por outro lado, se A adquire o terreno *até o meio* e o B dai *em diante,* não há condomínio: o vendedor *partiu* o terreno.

3.ExAME DAS TEORIAS. As teorias construtivas apresentam algumas sutilezas. 1) Teoria da parte *ideal* ou *intelectual,* tal é a que tem o direito como próprio de cada condômino, recaindo na coisa materialmente indivisa mas intelectualmente —partida‖. Essa teoria vai desde o mínimo de assimilação da coisa indivisa à coisa materialmente divisível (de modo que a idéia prima) *até* a simples alusão à fração de cálculo a ser feito sobre *valor* da coisa. Ao meio do caminho,P.STEINLECHNER *(Das Wesen der* juris communio *und* iuris quasi communio, 79 a.) falou de

—algo‘) que no espírito se projeta sobre a coisa - Ainda para explicar o condomínio, J. UNOS *(Syatem,* 1, 416), fundado aliás em C. G. WXCHTU (Ober Teilung und Teilbarkeit der Sachen und Rechte, *Ãrckiv fui*‟ *die civilistiscite Praxis,* 27, 163-171), procurou conceituar a divisão como *pensada,* em vez de *real:* não é a coisa, mas o objeto do direito, que se parte, se divide (intellectu magis partes habere quam corpore). Aliás, é bem certo que os textos romanos conheciam *partes indivisae* e *partes corporum.* Fato, esse, expressivo. II) O —direito de propriedade‖, foi dito, é que se divide; não a coisa, que, *ex hypothesi,* é indivisa. Mas o direito subjetivo de propriedade é o que pertence a cada sujeito de direito; não é ele, pois, que se divide: só se divide o que era uno, não o que é múltiplo! Cada relação de direito, ai, é separada; o que faz a comunidade, como *dado,* é a indivisão do objeto,

e essa comunidade, esse *dado,* é substrato de relações jurídicas entre os condôminos.

E‘ certo que E - B6CKING *(Pandekten,* 1, 264) viu no condomínio divisão do *conteúdo* do direito; e A. VON

SCHEIJRL *(Teilbarkeit,* 3), da *extensão* dele. Porém seria ocioso pensar-se em dividir conteúdo, ou extensão, se há diferentes relações. Direitos não se veem *do lado das coisas;* veem-se *do lado dos sujeito*~. A sugestão de J.

VOIGT, que fez surgir como sujeito da relação de condomínio coletividade *distinta* dos condôminos, foi fantástica.

Nas primitivas edições, E. WINDSCHEID falava de divisão do *valor,* opinião que 1‘. STEINLECHNER *(Das Wesen der* iuris communio *und* iuris quasi communio, 1, 28 s., 85 a.; II, 248 sj. adotou. Mas a expressão extrema da opinião II) está em J. G. KIERULN‘ *(Theorie des gemeinen) Civilrechts,* 1, 325-328), L. ARNDT5 *(Lehrbuch,* 59), que fala, claramente, de divisão do direito mesmo, em vez de divisão da coisa, isto é, do conteúdo dele, E. ECK *(fie sogenannten. doppelseitigen Xiagen,* 92 ar.), *O.* RUMELIN *(Die Teilung der RecUe,* 25 s., 73 s.) e outros (cp. C. O.

WÀCHTEIT, *Handbuch,* II, 276 a.; tYber Teilung und Teilbarkeit, *Archiv [dr die civilistische Prazis,* 27, 163).

Aos que viam no condomínio divisão do *conteúdo* do direito, como E. BÕCKING, J. O. KINUIN, que aliás não era firme no que entendia pelo nome —conteúdo‖ (às vezes objeto do direito 1), P. SOKOLOWSKI *(Die Philosophie im Privatrecht,* 1, 415) perguntava: Que é conteúdo de um direito real? *That is th,e question!* No definir-se o conteúdo, volve-se As concepções originArias, de ordem filosófica: *a)* o objeto é ideal, ele mesmo portanto podem ser ideais as partes; *19* o objeto é material, corpóreo, e repartido, portanto a divisão não se faz na coisa, etc. 19 Nem se deve pensar em divisão nem em indivisão do direito mesmo - Cai nessa ontologia dos direitos quem deixe de ver relações para ver seres. À base da divergência estão resíduos filosóficos, provavelmente psicanalíticos e econômicos.

§ 1.174. Critica e posição relativistas

1.CRITICA. As opiniões 1) e II) do ~ 1.173 funcionam, historicamente, como tese e antítese - As outras foram escapulas ou tentativas

abortadas de síntese. A opinião 1) considera que se parte intelectualmente a —coisa‖; enquanto a opinião II) acha que se parte o —direito‖. referir-se à coisa, que está por baixo do conceito do objeto de direito; essa, em se referir, ao direito, conferindo unidade, alíquota. Se é a parte alíquota, o objeto é *a fração,* e não toda a coisa; se é toda a coisa, então se dá a concorrência de sujeitos em direito com o mesmo objeto, devendo -se resolver pelos princípios da comunhão. Verdade é, porém, que, se A compra a casa a e E compra a mesma casa, não há condomínio. Para que haja condomínio é preciso que Â compre a parte da casa e E outra x‘ parte, ou 2x partes, ou o que quer que seja, menos a t que A comprou.

Por outro lado, se A adquire o terreno até o *meio* e o E da! *em diante,* não há condomínio: o vendedor *partiu* o terreno.

3.EXAME DAS TEORIAS. As teorias construtivas apresentam algumas sutilezas. 1) Teoria da parte *ideal* ou *intelectual,* tal é a que tem o direito como próprio de cada condômino, recaindo na coisa materialmente indivisa mas intelectualmente —partida‖. Essa teoria vai desde o mínimo de assimilação da coisa indivisa à coisa materialmente divisível (de modo que a idéia prima) até a simples alusão à fração de cálculo a ser feito sobre *valor* da coisa. Ao meio do caminho, IP. STEINLECHNER *(Das Wesen der* luris communio *und* iuris quasi communio, 79 s.) falou de —algo‖ que no espírito se projeta sobre a coisa. Ainda para explicar o condomínio, J. UNOS *(System,* 1, 416), fundado aliás em O. G. WICHTS (tlber Teilung und Teilbarkeit der Sachen und Rechte, *Ãrchiv fur di.*

civilistische Praxis, 27, 168-171), procurou conceituar a divisão como *pensada,* em vez de *real:* não é a coisa, mas o objeto do direito, que se parte, se divide (intellectu magis partes habe. re quarn corpore). Aliás, é bem certo que os textos romanos conheciam *partes indivisae* e *partes corporum.* Fato, esse, expressivo. II) O —direito de propriedade‖, foi dito, é que se divide; não a coisa, que, *ex hypothesi,* é indivisa. Mas o direito subjetivo de propriedade é o que pertence a cada sujeito de direito; não é fie, pois, que se divide: só se divide o que era uno, não o que é múltiplo! Cada relação de direito, ai, é separada; o que faz a comunidade, como *dado,* é a indivisão do objeto, e essa comunidade, esse *dado,* é substrato de relações jurídicas entre os condôminos.

E‘ certo que E. BÕCKING *(Pandekten,* 1,264) viu no condomínio divisão do *conteúdo* do direito; e A. vON

SCHEIJRL *(Teubarkeit, 3),* da *extensão* dele. Porém seria ocioso pensar-

se em dividir conteúdo, ou extensão, se há diferentes relações. Direitos não se veem *do lado das coisas;* veem-se *do lado dos sujeitos.* A sugestão de J.

VOIGT, que fez surgir como sujeito da relação de condomínio coletividade *distinta* dos condôminos, foi fantástica.

Nas primitivas edições, B. WINDSCHEID falava de divisão do *valor,* opinião que P. STEINLECHNER *(Das Wesen der* iuris communio *und* iuris quasi communio, 1, 28 s., 85 s.; II, 248 s.) adotou. Mas a expressão extrema da opinião II) está em J. G. KIERULFP *(Theorie des gemeinen Civilrechts,* 1, 825--828), *L.* ARNDTS *(Lehrbuch,* 59), que fala, claramente, de divisão do direito mesmo, em vez de divisão da coisa, isto é, do conteúdo dele, E. ECK *(Die sogena)nnten. doppelseitigen Kiagen,* 92 sr.), O. RUMELIN *(Die Teilung der Reckte,* 25 s., 78 s.) e outros (cp. O.

O. WÀCHTER, *Handbuck,* II, 276 s.; tber Teilung und Teilbarkeit, *Archiv /iir die civilistische Praris,* 27, 163).

Aos que viam no condomínio divisão do *conteúdo* do direito, como E. BÕCKING, J. O. KIERULFF, que aliás não era firme no que entendia pelo nome —conteúdo‖ (às vezes objeto do direito!), P. SoKoLowSKI *(Die Philosophde im Privatrecht,* 1, 415) perguntava: ~Que é conteúdo de um direito real? *That is tke questiou!* No definir-se o conteúdo, volve-se às concepções originárias, de ordem filosófica: a) o objeto é ideal, e mesmo portanto podem ser ideais as partes; b) o objeto é material, corpóreo, e impartido, portanto a divisão não se faz na coisa, etc. *b)* Nem se deve pensar em divisão nem em indivisão do direito mesmo. Cai nessa ontologia dos direitos quem deixe de ver relações para ver seres. À base da divergência estão resíduos filosóficos, provavelmente psicanalíticos e econômicos.

§ 1.174. Critica e posição relativistas

1. CRITICA. As opiniões 1) e II) do § 1.173 funcionam, historicamente, como tese e antítese. As outras foram escapulas ou tentativas abortadas de síntese. A opinião 1) considera que se parte intelectualmente a —coisa~~

enquanto a opinião II) acha que se parte o —direito‖. Aquela errou em referir-se à coisa, que está por baixo do conceito do objeto de direito; essa, em se referir□ ao direito, conferindo unidade, às relações de direito que tem objeto a *mesma* —coisa‖. Ora, o conceito de objeto

de direito não é incindível quando a coisa não no é, como a pluralidade de coisa não no obriga a ser plural. Pense-se nas universalidades; e pense-se na comunhão *pro indiviso.*

São os exemplos extremos.

2.POSIÇÃO CIENTIFICA. Não há divisão do direito; nem indivisão. Para haver divisio, seria preciso que o direito, antes, fosse um só: poderia ter sido um só o direito do alienante antes de alienar aos comunheiros, mas esse era *outro* direito. Para haver indivisão, seria preciso que os condôminos fossem titulares do mesmo direito, isto é, sujeitos ativos da *mesma* relação de direito. Ora, cada relação é de um direito. Fora daí, mergulha-se em concepção realista, à platônica, dos direitos.

O problema jurídico e filosófico da indivisão no condomínio vem-nos nada menos da que da Lei das XII Tábuas. A tese e a antítese fizeram. balancear o pensamento jurídico. Não se pode dizer que a histeria seja sempre no sentido da despotanização, porque há regressões.

§ 1.175. Literatura luso-brasileira e brasileira

1.TEORIA DA PROPRIEDADE LIMITADA. Na literatura luso-brasileira, COELHO DA ROCHA *(Instituições,* 1, 868) viu na comunhão *pro diviso* —propriedade ‗limitada‖, em que -cada uma das pessoas exerce sua porção da propriedade, ou alguns desses direitos parciais, de que ela se compõe; ao passo que, na comunhão *pro indiviso,* a muitas pessoas cabe *pro indiviso a* mesmo direito, ou seja total, ou parcial. Nota-se a alusão ao direito, em vez de à relação jurídica; e parte-se o direito, *idealmente.*

2.TEORIA DA ANORMALIDADE. Na literatura brasileira, LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito do,s Coisas,* 1, 86) tinha a compropriedade como relação de direito única, espécie de exceção ao principio *In solidum dominium vel poasessionem esse non posse* (1, 87, *verbis* —Mas bem pode...‖). Essa alusão à anormalidade (7) do condomínio foi explícita em CLÓVIS BEVILÁQUA *(Código Civil comentado,* 1.~ ed., III, 156: —O condomínio ou compropriedade é a forma anormal da propriedade. Á‖). Para ele, —dois ou mais sujeitos exercem direito simultaneamente‖. VIROILIO DE SÃ PEREIRA *(Manual,* VIII, 394-400) lera a C. FERRINI e G. BONELLI, porém não se decidiu, nem soube caracterizar a luta de concepções que se ferira

na Alemanha e se refletira na Itália.

A sua simpatia, *de iure condendo,* parecia ir para a explicação de G. BONELLI, que não via proprietário, no condomínio, antes da divisão real da coisa (1) Confusão evidente entre a *execução* da obrigação de dividir e o direito real do condômino. Antes dos dois juristas brasileiros, LACERDA DE ALMEMA *(Direito das Coisas,* 1, 108) repetia os escritores do século passado: —A comunhão em direito exclusivo por natureza qual é o domínio, de modo que possa a mesma coisa pertencer por inteiro a cada condômino ou comproprietário, implica contradição nos termos. Para que possa competir a vários sobre a mesma coisa, preciso é que esta se conceba dividida‖ note-se: a coisa em partes ideais, e que sobre cada uma destas se exerça o direito ilimitado do respectivo dono‖.

§ 1.176. Contribuições das velhas teorias

1.DANOS PARA A SOLUÇÃO DO PROBLEMA. Ainda que houvessem chegado a conclusões falsas, ou defeituosas, os investigadores do século passado e deste lograram ver certos fatos, sem os quais não seria possível atender-se, na construção da compropriedade, principalmente do condomínio, ao que realmente se passa com o direito real *iv. partibus indivisis.* Procurou-se distinguir a) a divisão do direito segundo a sua substância, portanto em si, e *b)* a divisão do direito segundo o seu objeto (ou o seu exercício no objeto, etc.) A espécie a) é possível, se o direito contém em si elemento-cerne e elementos secundários, ou, pelo menos, complementares, como acontece exatamente com o domínio, que consiste naquele cerne de que se falou e de outros elementos, tais como o *fructus,* o *itgus,* o *abusus.* Quando se separa o direito real de uso, de usufruto, de habitação, ou outro que a lei reconheça, nem por isso deixa de existir o domínio. Também persiste ele quando se hipoteca, ou empenha, ou se cauciona o bem, ou se grava da inalienabilidade ou outras cláusulas de *restrição de poder. Há* direitos, porém, em que tal divisão melhor diremos tal desmembramento não é permitida, por ser *uno* o seu conteúdo Esses somente podem minguar, dilatar-se. Aqueles, em verdade, não se dividiram. Não se pode falar de divisão da árvore quando ela perde folhas; nem o jardim deixa de ser o mesmo jardim se lhe tiramos rosas, ou lhe mudamos algumas plantas, ou lhe arrancamos algumas estátuas, ou lhe fechamos as portas. Trata-se de relações jurídicas *distintas* e *diferentes,* de direitos que costumam estar com o domínio, pela atração ou concentração que Me exerce.

Quanto à espécie *b),* é ai que as atitudes ontologistas e a atitude relativista se extremam. Pelo fato de serem dois ou mais os sujeitos e um só o *dado* que serve de objeto deles, diz-se que ocorre a divisão segundo o objeto. C. G.

WÃCHTER (Uber Teilung und Teilbarkeit der Sachen u. Rechte, *Arckiv filr die civilistiache Praxis,* 27, 184) chamou a atenção, em 1844, para a gradação da divisão do objeto *(partes indivisae, pafles divisae,* pedaços autônomos), que vai da comunhão *pra indiviso* à desaparição da comunhão. O seu erro foi apenas o de ver nisso rachadura que parte o direito. Se lhe apuramos o conceito de direito, fácil é vermos que Me tomou o direito como *ser,* tanto que, sendo muitos os sujeitos, se parte o direito. Essa noção de direito, que seria independente da *rela$o jurídica* põe à mostra todo o seu ontologismo. C. G. WÁCHTER, como os outros, tomou o direito subjetivo, que é elemento *interior* e *necessário* das relações jurídicas (há direitos não-subjetivados, como o de quem entra e senta nos jardins públicos), pelo *prius:* o direito, algo ôntico, preexistiria às relações jurídicas e, sendo duas ou mais essas relações, se teria de dar —divisão‖ do direito, quer na propriedade *pra partibus divisi.s* quer na propriedade *pra pctilnw indivisis.*

2.DIVISÃO MATERIAL E VALIDADE DAS PARTES.

E.BÕCKING *(Pandekten,* 1, 381, nota 5) apontou a confusão entre o conceito de divisibilidade material e o de idealidade das partes, procurando acentuar que a parte material e a parte ideal são conceitos de diferentes sistemas lógicos. Não usou dessas palavras, porém foi isso o que quis dizer. A sua conclusão era, todavia, falsa: o direito é que seria dividido, e não a coisa.

WAILNICÔNIG (tlber teilbare und unteilbare, geteilte und ungeteilk Rechte, *Rosshirts Zeitschrift,* 1, 72) falou da parte de cada titular do direito sobre a coisa toda como *rata juris,* de modo que o exercício do direito de cada um se limitaria com os dos outros.

3.DIVISIBILIDADE E INDIVISIBILIDADE JURÍDICAS. A A. A. VON BUCHHOLTZ *(Juristiscke Abkandlungen,* 58) deve-se ter chamado a atenção para não ser de interesse a distinção entre divisibilidade jurídica e indivisibilidade jurídica, porque, juridicamente, toda coisa corpórea é divisível. Em todo caso, advirtamos, não é inconcebível que se exija que a propriedade de certos bens *(e.* g., de jornal) seja de um só.

Se uma coisa é partível, materialmente, ou se não no é, ato se

pergunta ao direito, mas à física. Não se trata de questão jurídica. *O corpo está á. base do conceito de alguns objetos de direito; porém o objeto de direito não se confunde com o corpo como tal.* A divisibilidade do corpo pode ser coberta pela Indivisibilidade que resulta do conceito do direito, como o pano de saco prende em todo talvez infungivel a fungibilidade dos grãos de milho.

Pode-se falar, também, ai, de *animus,* de idéia.

Quando se diz que o condômino tem sua parte ideal na coisa, platoniza-se, se dá à expressão —parte ideal‖ o significado de partição da coisa, como se em verdade a quebrássemos, O direito romano chegou, por Esse caminho, a admitir o usufruto da parte ideal (L. 5, D., *de usu tructu,* 7, 1; li 50, D.; L. 25, D., *quibus modis uns fructus vel uns amittitur,* 7, 4). A concepção da divisão do direito, em vez da coisa, também hipostasia.‘

Aliás, nos próprias conceitos ═de divisibilidade, se indivisibilidade material há alusão a algo mais do que fítico.

Notou o WARNKÔNIG (Ober teilbare und unteilbare, geteilte und ungeteilte Rechte, *Rosshirts Zeitsckrift,* 1, 69).

Porque se pode partir tudo que existe corporalmente. Só se não podem partir alguns, bens com dano para eles *como todo* ou *como valor.* Está Sempre em causa algum valor, no sentido mais vasto que o econômico, que se opõe à divisão. A. A. YON BUCHHOLTZ *(Jt&ristische Abhandlungen.* 48 s.) exagerou isso, negando qualquer divisibilidade —natural‖.

.4.—IN SOLIDUM‖ E —PRO FARTE‖. Os conceitos de *in sou-dum* e *pro parte* não estão no de indivisão e de divisão, se não para se excluir o primeiro. Quanto à dificuldade de se admitirem direitos *exclusivos* dos condôminos, é só aparente; porque aos direitos *iv. solidunv* ainda se evidencia mais resistente o pensamento não-jurídico.

§ 1.177. Construção científica do condomínio

1.RELAÇÕES JURÍDICAS E DIVISIBILIDADE DOS DIREITOS. A questão de se saber *se os direitos ou alguns direitos são divisíveis* parte da afirmação dos direitos como seres, e não como relações, e indaga-se se esse ser, este

—algo ôntico‖, pode dividir-se. Aliás, quando se pretende discutir a

favor da divisibilidade, logo se traz a exame a sucessão hereditária a muitas pessoas, ou a alienação do prédio dominante ou do prédio serviente a muitas pessoas, com o que se dá divisão da servidão ativa ou da passiva. Tudo isso parece desconhecer que as relações jurídicas se tecem entre entidades jurídicas e que jurídico é o objeto de direito. O mundo do direito trabalha com as coisas corpóreas e suas qualidades e com o incorpóreo, porém como *dados,* com que o legislador e o intérprete constroem.

As relações são construídas dentro desse mundo, em que certas condições mínimas de logicidade e de coordenação com os fatos da vida tem de ser respeitadas.

2.AÇÕES DE INDIVISÃO E DE PARTILHA. A indivisão, que se observa na coisa sob condomínio, mostra bem a sua natureza. quando se propõe a ação *com muni dividendo,* ou a ação *familiae erciseurtdae,* que são ações *executivas,* ações que tem cada comuneiro contra os outros. As relações entre cada um deles e a sociedade, típicas do direito real, tocam-se umas com as outras, devido à comunidade de objeto, e daí nascem deveres e direitos, um dos quais é o de deixar que cada parte indivisa .continue a tender para a divisão e, pela ação divisória, se faça parte divisa, por algum momento *(e.* g., sobre certos bens partilhados, e ainda não transcritos, do acervo hereditário) e, finalmente, unidade por si, e não mais *parte,* ainda divisa.

A crítica a que vemos submetido o material jurídico positivo, crítica de lógica contemporânea, porém somente ocupada com os *dados* da vida, obriga a *precisão,* que faltava nos expositores, depois de re-estudo das nossas fontes.

Sempre se olvida que o direito do dono se dirige a todos; não se é dono somente em relação a A, que seria o devedor dos alugueres, na relação jurídica de locação. Também a cada passo se ve o direito do usufrutuário como dirigido contra A, que, no momento, é o dono do prédio, e em verdade o usufruto se dirige a todos, inclusive o dono do prédio, nesse momento, que é A. Tanto é ofensa ao direito do usufrutuário a ofensa que parta de A, que, nesse momento, é o dono do prédio quanto a que parta de B, que não é dono nem titular de qualquer direito real sobre o prédio. As próprias obrigações que semente concernente ao proprietário incumbem a quem o é ou se porta como tal a cada momento, isto é, A, os herdeiros de A, o sucessor negocial entre vivos de A, o adquirente a *non domino* do prédio, ou o usucapiente.

As relações entre A, B e O, em que A, ou B, ou O, são sujeitos ativos de direitos pessoais, e em que A, B, ou O são os sujeitos passivos de direitos pessoais não oferecem dificuldades. As relações em que A, B ou C são sujeitos ativos de direitos reais são entre A, B e O e a sociedade, *erga omites.*

CAPITULO IV

DIREITOS REAIS LIMITADOS

§ 1.178. Direitos reais

1.FIXAÇÃO DE CONCEITOS. No direito das coisas, o Código Civil tratou da posse e da propriedade (= domínio

+ direitos reais *stricto sensu)* . Às vezes, diz-se propriedade *(strieto sensu)* o domínio, que é o mais abrangente dos direitos reais.

Os direitos reais *stricto sensu* e a posse retiram —algo‖, com que se fazem, à propriedade. Alguns retiram após outros, donde o *Prior in tempore, çpotior in jure.* Alguns retiram o uso, ou o uso e o fruto; outros dão faculdade de usar, de certo modo, a coisa (as servidões) ; outros, a faculdade de obter do valor o que os satisfaça (direitos reais de garantia), razão por que J. ROELER (Substanzrecht und Wertrecht, *Archiv fúr die eiviUstische Prazis,* 91, 155), contrastando-os com os direitos de substância, os chamava direitos de valor (aliás, dilatava o conceito a outros direitos, como os de sócio, o que prejudicou o conceito) . Numa e noutra espécie, o direito é à coisa, e não ao valor.

O direito à renda imobiliária não é, como o direito real de garantia, direito ao valor, posto que se possa exigir a renda sem que o admita o proprietário.

Longa tradição científica mostra que o direito real tem dois lados, e não seria possível conceber-se relação jurídica, ou qualquer relação, sem dois lados ou pios (F. C. GESTERDING, *Ausfiihrliche Darstellung,* 15 A. C. J. SCHMID, *Handbuch,* 1, 1 s.; *E.* Tu. PÚTTER, *Die Lehre vom Eigentum,* 26 e 153; K. SELL, *Rtímische Lehre des Eigenturn.s,* 16 s.; E. PAGENSTECHER. *Die ràmische Lehre vom Eigentum, 1, 3;* E. LANDSBERG, *Pie* 2. CONCEITOS INFIXADOS MAS FILÁVEIS. Se não metemos a posse no rol dos direitos reais, temos de criar, ao lado

desses, o —direito das coisas‖ não-real, que seria a posse. Tal direito das coisas não-real seria distinto dos direitos reais (propriamente ditos). Seria sem grande alcance, embora devido à denominação —Direito das Coisas‖, que se dá ao Livro II da Parte Especial do Código Civil, pareça que foi preferida pelo legislador a distinção entre direitos reais e posse, dentro da classe —direito das coisas

Se metemos na classe dos direitos reais a posse, no sentido de conjunto de direitos oriundos do fato jurídico *atricto seneu* da posse, há direitos reais definitivos (= propriamente ditos; = direitos reais *próprio sensu* ou *stricto sensu)* e direitos reais provisionais. Ali, estão a propriedade, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, a renda imobiliária, a hipoteca, a anticrese, o penhor, a caução de títulos; aqui, os direitos irradiados do fato jurídico *strieto sensu* da posse.

Às vezes ocorre que a pessoa legitimada segundo o registro de imóveis, embora sem que esse corresponda à ordem jurídica, histórica, das aquisições do direito, desfrute do direito, que aí se *publica,* ou se *presume* (art. 859), sem que se exclua a possibilidade de vir a ser retificado ou cancelado o registro. Há algo de comum com a provisionalidade da posse, mas a parecença de modo nenhum justificaria que se chamasse a tal situação *posse tabular* (Tabularbesitz), como entenderam a legislação e a doutrina austríacas. Não é possessória a tutela jurídica, que tem tais titulares de direitos reais. Nem são possuidores, se, ademais, não tem posse; e, se não na tem, não podem usucapir. E‘ forçoso separarem-se os dois fatos jurídicos, o da transcrição, inscrição, ou averbação, e o da posse. Os efeitos do registro não são os da posse, se bem que a pessoa que confia no registro esteja protegida, à *semelhança* da que confia na propriedade do possuidor da coisa móvel, incluídos títulos ao portador (artigos 521 e 620-622) . Aliás, no direito brasileiro, que não tem a regra **En fait des meubles possession vaut titre,* é preciso evitar-se toda assimilação da posse e do registro. E‘ certo que a transcrição, a inscrição e até a averbação podem ensejar pretensões e ações, ainda se *inexatas;* mas, embora provisionalmente, tais pretensões e ações são petitórias. *(a)* Se o não--

proprietário ou o adquirente, ou ambos obtém a transcrição ou a inscrição ou a averbação, o dono tem pretensão *real* à retificação, posto que possa o vendedor ter contra o dono do imóvel a *condictio,* se esse se enriquecera injustamente, com o imóvel, à sua custa (pretensão *obrigacional* à retificação do anterior registro, cf. MARTIN

WOLFF, *Lehrbuch,* ~fl, 27Y-82.~ ed., 4 e 131).

(b) Aquele que está no registro como adquirente da propriedade, ou de direito real limitado, está exposto a ter de indenizar o dono do imóvel, à *semelhança* do que se passa com o possuidor de quem se reivindica o prédio, ou contra quem se profere sentença em ação de esbulho (arts. 510-519) . Isso não basta para que, a respeito de tal indenização, inclusive no caso de terceiro adquirir a propriedade ou o direito real (artigos 580 e 676), se invoquem os arts. 510-519, *se mio houve posse.* A responsabilidade é pela lesão ao direito, ,que dá a pretensão constitutiva retificativa (pretensão à retificação), ou ao cancelamento (pretensão ao cancelamento ou de retificação‘ total), e a pretensão à indenização, que não tem por pressuposto a culpa do ofensor. Certamente, na ordinariedade dos casos, as ações do dono são contra o causador da ofensa pelo registro *inexato* e contra o possuidor, que com ela se fizera, ou contra esse e o possuidor que adquirira pelo registro inexato; mas é preciso tratá-las sem confusão, a fim de que, não tendo havido transmissão da posse, não se invoquem princípios que somente concernem à posse. Se não se atende à distinção, erra-se. Assim, *(c)* se o proprietário segundo o registro, porém que recebera o seu titulo a não-dono, transfere ou grava, validamente, o imóvel (art. 580, li), tem de indenizar ao verdadeiro proprietário, pela ofensa à propriedade. A pretensão ou seria de acordo com os princípios que regem a indenização pela ofensa aos direitos absolutos, ou segundo o art. 159 e 160, mas

intervem aí os princípios da fé pública do registro. A jurisprudência alemã excluiu a responsabilidade pela culpa leve no desconhecimento da qualidade de não-proprietário; e com isso não criou regra jurídica especial, deduziu-a dos princípios. O princípio dos arts. 159 e 160 são para os oficiais do registro (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 37, *verbis* —por culpa ou dolo‖). Tem-se de considerar, para a responsabilidade, se o que alienou fora já beneficiado pela inexatidão do registro e a conhecia ou devia conhecer, por negligência inescusável. Adiante, §

1.263.

8.—NUMERUS CLAUSUS‖ DOS DIREITOS REAIS. Direitos reais *strieto sensu,* ou propriamente ditos, são a propriedade (domínio) e os direitos reais limitados. O domínio, embora suscetível de lhe ser retirado o —algo‖ que faz a posse ou algum dos direitos reais *stricto sensu,* é o direito mais amplo, envolvente dos outros. A posse é direito real (em sentido lato) limitado, razão por que não há, a respeito de posse, o princípio de elasticidade.

Os direitos reais são em número limitado, fechado *(numerua clausus).*

No encontro entre o -direito romano e o germânico, enriqueceu-se o direito moderno‘ de direitos reais, mas, em vez de admitir a possibilidade de se dar eficácia *real* a qualquer vinculo (mediante a *Ge‟were),* manteve o sistema do *nurnerus clausus.* Houve tentativa de conciliação, ou de síntese, com o direito territorial prussiano, por meio do registro dos negócios jurídicos obrigacionais; porém isso rasparia, por bem dizer, a dicotomia dos direitos em pessoais e reais, ao mesmo tempo que transplantaria para o só plano da eficácia o critério distintivo. As dificuldades, que surgiriam, seriam enormes, e algumas inafastáveis. Devemos, por isso mesmo, ter todo o cuidado na leitura de livros franceses em que o princípio do *flumerus clausus* não é absoluto.

4.CLASSIFICAÇÃO SEGUNDO O CONTEÚDO. Os direitos reais podem ser classificados segundo o *conteúdo.*

Os direitos reais de desfrute, ou de utilização, são os direitos reais que permitem a *utilizabilidade imediata* da coisa.

Os direitos reais de realização de valor são as rendas e os direitos reais de garantia. Há direito real que pertence a essas duas classes:

a anticrese. Os direitos reais de aquisição são: os que permitem a apropriação, como os direitos formativos geradores; os que irradiam pretensão à transmissão, tal como o direito do Estado à desapropriação; os direitos expectativos à propriedade, como o. do alienante da propriedade resolúvel (artigos 647 e 648).

Os direitos reais de utilização, pois que há de ser imediata a utilizabilidade, suscitam o problema da pluralidade de direitos do mesmo grau sobre a mesma coisa, se não podem ser exercidos ao mesmo tempo, ou não seria cômodo exercerem-se todos ao mesmo tempo. Qualquer dos titulares pode pedir que se lhes regule o exercício, satisfazendo-se a todos os interessados. A sentença, que se prefere em tal ação, pareceu a G.PLANCK *(Kommentar,* 4. ed., 586) sentença de condenação à declaração de vontade; mas a outros, declaratória (E. MAENNER, *Das Sachenrecht,* 284; W. Kiscn, *Beitrdge na Urteilslehrc,* 128; O. WARNEYER, *Kornrnentar,* II, 243) ; constitutiva, a MARTIN WOLFF, *Lehrbueh,* 114 27Y-32.~ ed., 6). Em verdade, é executiva, porque tudo se passa como a respeito da sentença de divisão e da sentença de partilha.

5. CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO OBJETO. Quanto ao *objeto,* os direitos reais, incluídos o direito real mais

amplo, que é o domínio, o direito real provisional, que é a posse, e o direito real provisional por forca do registro,.

ou recaem sobre *móveis* (direitos reais mobiliários), ou sobre *imóveis* (direitos reais imobiliários) . Direitos reais sobre móveis só há o domínio de móveis, o penhor, o uso, o usufruto de móveis e a caução de títulos. Direitos reais sobre imóveis são: o domínio de imóveis, a enfiteuse, as servidões, o usufruto de imóveis, ou de patrimônio que os contenha, o uso, a habitação, a renda imobiliária, a hipoteca e a anticrese.

Os direitos reais podem recair sobre *coisas* ou *partes ideais* de coisas (quotas, quinhões), exceto as servidões, que não podem ser sobre partes ideais. Se bem que o art. 810, 1, só fale de imóveis, são hipotecáveis as partes ideais.

Sobre partes ideais também podem recair rendas imobiliárias (arg. ao art. 754). O usufruto, o uso e a habitação podem recair sobre partes ideais (arg. aos arts. 714, 740, 745 e 748) .

Os direitos reais também podem recair sobre *direitos:*

usufruto de hipoteca, de penhor, de renda imobiliária, ou de créditos. Ou sobre patrimônios (usufruto do titular do pátrio poder, direito do herdeiro ou legatário fideicomissário, usufruto segundo o art. 714, verbis —patrimônio inteiro, ou parte deste‖).

O direito brasileiro considera direito real (propriedade) o *direito de autor*.

6.CLASSIFICAÇÃO SEGUNDO A ═TITULARIDADE. Segundo a titularidade da propriedade, os direitos reais ou são sobre coisa própria, ou sobre coisa alheia. O domínio é o direito real, típico, sobre a coisa própria: porque é ele que faz ser *própria* a coisa. Os outros direitos reais recaem sobre coisa alheia, posto que o registro possa dar ensejo a que a servidão ou a hipoteca, por exemplo, recaiam sobre bem da própria pessoa, enquanto essa não exerce a pretensão cancelativa do art. 711 ou a do art. 851.

Os direitos reais limitados, inclusive a posse, podem recair sobre coisa *nullius* (sem dono). Alguns juristas entendem que, ao apropriar-se de *res nuílius* (coisa sem dono, coisa a déspota), a pessoa exerce *direito* de apropriação. Há, nisso, confusão entre *direito* e fato jurídico: quem

ocupa pratica ato, que entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico, e desse fato é que resulta o direito de propriedade. Para se admitir o que sustentam aqueles juristas seria preciso que existisse no sistema jurídico a regra jurídica: —Se a coisa ainda não foi apropriada, ou foi abandonada, quem quer que seja tem *direito* a dela apropriar-se‖. Confundir-se-ia, aí, direito e poder. Ainda na espécie do art.

589, § 29, o direito do Estado é direito expectativo; e não há regra jurídica para os que *podem* ocupar (cf. arts. 592 e 598).

Se alguém renuncia à propriedade imobiliária (art. 589. II e § 1.0), ou derrelínque a propriedade imóvel, quem tem direito real limitado sobre a coisa continua de tê-lo: tanto é ser titular de usufruto, uso, habitação, renda imobiliária, ou direito real de garantia sobre coisa que tem dono, como sobre coisa que não tem dono. Para que o direito real limitado se transforme em direito de propriedade é preciso que a coisa possa ser apropriada e o titular do direito real limitado dela se aproprie.

O usufrutuário não pode ocupar o imóvel abandonado (artigo 589, III, e § .2.0). Não há nenhuma dificuldade em se receberem os direitos reais como direitos a sujeitos passivos totais, se o imóvel ou móvel é *nullius.*

7.A CHAMADA CONFUSÃO DE TITULARIDADE. De regra, os direitos reais limitados sobre móveis desaparecem, se o titular do direito real limitado adquire a propriedade; ou vice-versa. Há, porém, exceções: *e. g.,* se o sublocatário adquire a propriedade do imóvel sublocado; se o direito de penhor é objeto de direito de terceiro e o credor adquire a propriedade da coisa empenhada. Quanto à propriedade imobiliária, antes do cancelamento o direito real limitado não desaparece com a. união no mesmo titular..

8.DICOTOMIA SECUNDO A TITULARIDADE. Os direitos reais limitados distinguem-se, segundo a pessoa do titular, em direitos subjetivamente reais (ou a sujeitos ativos determinados), como o usufruto, o uso e a habitação; e direitos objetivamente reais, como as servidões.

§ 1.179. Direitos sobre coisas incorpóreas

1.PROPRIEDADE SOBRE BENS IMATERIAIS. Alguns direitos tem por objeto coisas incorpóreas ou bens imateriais. Tal o direito de autor, no mais largo sentido: sobre obra literária, artística, ou científica; sobre invenção; modelos de utilidade, variedades novas de plantas; tais as marcas de indústria e de comércio; os títulos de estabelecimento, as insígnias comerciais ou profissionais, as expressões e sinais de propaganda, as recompensas industriais; as indicações de proveniência. A relação entre o autor e a obra é semelhante à relação entre o dono da coisa e a coisa. A analogia levou a doutrina, antes do Código Civil, a pensar em propriedade espiritual ou intelectual, O Código Civil proclamou-o.

2.PROPRIEDADE LITERÁRIA, CIENTIFICA E ARTÍSTICA.

O Código Civil dedicou à propriedade literária, científica e artística todo um capítulo (arts. 649-673), após a propriedade resolúvel (arts. 647 e 648). Trata-se, pois, na sistemática do Código Civil, de *direito de propriedade.*

No Código de Propriedade Industrial (Decreto-lei n. 7.903, de 27 de agosto de 1945), cogitou-Se das patentes de invenção (arts. 6.o.9.o), dos modelos de utilidade (arts. 10 e 11), dos desenhos e modelos industriais (arts. 12-16), das regras pertinentes às três espécies (arte. 17-87), das marcas de indústria e‘ de comércio (artigos 88-99), das indicações de providencia (arts. 100-103), do titulo de estabelecimento e da insígnia (arts. 114-120), das expressões e sinais de propaganda (arte. 121-125), das regras comuns (arts. 126-157) e das recompensas industriais (artigos 158-168). A respeito de quaisquer desses objetos há. direito de propriedade. Os direitos de autor extinguem-se após determinado fls,do biotipo, mas essa limitação não lhes tira a natureza de direito real. À atitude do Código Civil e, depois, do Código da propriedade Industrial apenas veio firmar que a *realidade* dos direitos é independente da inmaterialidade *do* objeto. A *res* pode ser material ou imaterial; a própria criação, emanação da personalidade, desliga-se dessa, passando a ser objeto de propriedade, em vez de objeto de direito de personalidade. (Os juristas que ainda incluiam nos direitos de personalidade os direitos sabre coisas incorpóreas eram vítimas de bem rudimentar análise dos fatos. Nos direitos de personalidade, o objeto uSo é separado da pessoa do titular, O direito autoral de personalidade é bem diferente do direito de autor e mais ainda do direito de propriedade dos exemplares da obra.)

Também as marcas de indústria e de comércio são direito de

propriedade (industrial). Há o dono da marca, como há o dono do direito autoral e o dono da patente de invenção.

No Código da Propriedade Industrial (Decreto-lei número 7.903), os arte. 3.~, *b),* 3& parte, 104-118, 126-142, 151-157 falaram do *nome comerciaL,* —firma ou denominação adotada

pela pessoa física ou jurídica, para o exercício de atividades comerciais, industriais ou agrícolas‖ (art. 104). Tal inclusão não implicou em tornar-se direito de propriedade o direito ao nome de pessoa; nem o legislador tomou, na sua meia ciência, atitude doutrinária.

3.ENERGIAS E PROPRIEDADE. As energias são bens suscetíveis de apropriação e, pois, de direito de propriedade desde que se possam conceber separadas da sua fonte. Não ha direito real a que o touro a seja usado para reprodução, ou a tantas crias da égua *b.* A energia elétrica e a radioelétrica, essas, se bem que dependentes de usinas produtoras, são produto que se vende, como o leite, ou a água mineral, e que podem ser furtadas, se bem que não possam ser objeto de usufruto (consomem-se, não se lhes pode mensurar a substância), nem de penhor (não pode ser entregue a posse delas, a título de garantia). Em todo o caso, são suscetíveis de posse, independentemente da propriedade; donde poderem ser exercidas as ações possessórias. A aquisição a *non domino* é difícil de ocorrer, mas ocorrendo nada impede que o possuidor alegue boa fé, para invocação dos princípios peculiares *(e. g.,* adquiriu ao que era possuidor do fundo onde se pusera o gerador de forca) . O contrato de fornecimento de energia elétrica ou radioelétrica é de compra-e-venda, e não de locação: a propriedade transmite-se na quantidade e durante o tempo que se preve no contrato.

§ 1.180. Direitos reais sobre a coisa própria

1.—NULAS RES SUA SERVIT‖. A opinião corrente, até algum tempo, tinha como inexceptuável o principio de que — Ninguém pode ter direito real sobre a coisa própria‖; e outro

princípio, que é um dos que cabem nesse, o **Nulli res sua servit* (L. 26, *li., de servitutibus praediorum urbanontm,* 8, 2), era tido por absoluto.

a)Na L. 80, § 1?, li, *de exceptione rei iudicatae, 44,* 2, LATINO LARGO, segundo PAULO, figurou caso em que perdurou o direito de penhor, a

despeito de ter a coisa estado com o devedor como própria, porque, em verdade, o penhor foi dado e não se pagou a dívida (verum est enim et pigneri datam et satisfactum non esse) . Alguns escritores tiveram esse penhor como *inconstruível;* outros, porém, procuraram construi-lo.

b)A L. 1, C., *si antiquior creditor pignus vendiderit* 8, 19, contém regras para o caso de alguém que vendeu a outrem que o credor pignoratício a coisa empenhada, que é a de não persistir a ação hipotecária, e para o de ter sido vendida a algum credor anterior, pois então há dois penhores, tendo o segundo credor de solver a divida anterior.

c)A L. 8, C., *de his qui in. prionim creditorum locum succedunt,* 8, 18, figurou a caso do adquirente que tem de solver as dividas anteriores, preferentes, e o imperador Alexandre considerou-o sub-rogado nos direitos sobre a própria coisa:..... in ius eorum successisti et contra e os, qui infirmiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes‖.

d)Nas L. 17 e 19, D., *que potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt,* 20, 4, fala-se, em dois textos de PAULO, do credor que compra o prédio hipotecado, ficando amparado com o fato de ter sido pago o credor anterior, e da cessão do crédito hipotecário a um dos co-herdeiros.

Para B. WINDSCHEID *(Lehrbuch,* 1, 9A ed., 302), o direito de penhor em coisa própria é caso de *quiescéncia parcial do direito.* Mas a sua concepção da quiescência foi defeituosa, falha, às vezes contraditória (e. *g.,* compare-se o seu § 65, pr., e o final da nota 6 contra R. VON JEERING, fie passive Wirkung der Rechte, *Jahrbiicher fiir die Dogmatilc,* 10, 450, que não via na confusão extinção do *direito,* mas da *eficácia).*

e)O Código Civil suiço, art. 733, foi explícito em admitir que as servidões prediais fossem entre prédios do mesmo proprietário. A doutrina dispensa, então, a escritura do contrato consigo mesmo, por supérflua, permitindo a inscrição. —O proprietário de dois fundos tem o direito de gravar de servidões um em favor do outro‖, diz o art. 733.

Se já estava constituída, —quando os dois fundos se reúnem na mesma mão, o proprietário pode fazer cancelar a servidão‖ (art. 735, alínea i.a). —A servidão subsiste como direito real enquanto o cancelamento não tem lugar‖ (art.

735, alínea 2.~)‘.

O art. 733 foi direito novo, que riscou, tal como se fizera em matéria

hipotecária (arts. 859, alínea 2.¶ 868), a proibição dos direitos reais em coisa própria. Aliás, já se esboçara isso em alguns cantões suíços (E. Hunn, *Die Eigentitnterdienstbarkeit,* 70 s.).

f) O Código Civil, no art. 710, 1, diz que —as servidões prediais‖ se extinguem —pela reUnião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa‖. Comentando essa regra, CLÓVIS BEVILÁQUA *(Código Civil comentado,* III, 259) escreveu que o Código Civil desconhece a servidão estabelecida pelo proprietário de dois prédios em favor de um deles; não falou da servidão estabelecida antes e —registrada‖. Os problemas são diferentes. Um *(a)* consiste em se saber se posso conceder servidão ao meu prédio A sobre o meu prédio B; outro *(b),* se tenho a servidão sobre o meu prédio B, serviente, se comprei, ou por outro modo adquiri, o prédio A, dominante. O direito suíço deu duas respostas afirmativas. Não há resposta *a priori;* depende de cada sistema jurídico. Pode ele responder afirmativamente a *(a)* e *(b),* como o direito suíço e o húngaro (G. VON SZÂSZY-SCHWARZ, Das biirgerliche Gesetzbuch fiir Ungarn, *Jherings Jahrbucher, 68,* 359). Ou dizer que isso depende da vontade do proprietário, devendo-se responder afirmativamente a (a) e reputar-se que a confusão se estabelece se o proprietário adquirente não expressa querer evitá-la, respondendo, portanto, negativamente a (lO. Ou responder negativamente a (a) e a (lO.

Ou negativainente a *(a)* e afirmativamente a *(b),* solução que apenas revelaria hostilidade ao contrato consigo mesmo, ou ao negócio jurídico unilateral.

2.Posição E DISCUSSÃO DO PROBLEMA. Examinemos, no direito brasileiro, os dois problemas: (a) e *(b).* Sem essa análise não seria possível dizer-se, em conclusões precisas, quais as duas respostas. (a) A constituição de servidão predial sobre a coisa própria teria de ser pela posse e título não transcrito ou não inscrito, se aparente, ou pela transcrição ou inscrição. Donde ter-se de perguntar se o dono do prédio A pode estabelecer, sem registro, servidão aparente sobre o seu prédio B; e se‘ pode estabelecer, com o registro, servidão não-aparente sobre esse prédio, *inscrevendo-a* (Decreto n. 4.857. de 9 de novembro de 1939, arts. 178, a), X, 250, Decreto n. 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, art. 2.~) . *(b)* No direito brasileiro. o problema *(b)* gira em tOrno do art. 710, 1, p~.ra se apurar se é ele *dispositivo,* ou se é *co gente.* Não está em causa a eficácia quanto a terceiro, porque a servidão persiste enquanto não se cancela (art. 708)

Quando se está a lotear ou a construir edifício em comunhão *pro*

diviso, pode-se constituir servidão, por ser destinada a diferentes propriedades dos terrenos ou dos apartamentos (ou casas em terreno indiviso). A construção jurídica como de direito real sobre a própria coisa era impedida, em geral, pelo principio de não ser evitável a confusão subjetiva, principio —generalizado‖ do *Nernini res sua aervit.* Mas essa inconstrubilidade, ainda em matéria de usufruto, esbarrava ante o fideicomisso do usufruto de coisa do fiduciário e outras situações semelhantes.

Em dogmática jurídica, a servidão em coisa própria é construível, com fundamento mesmo na livre disposição, e não importa, nos direitos reais, quem seja o dono do prédio serviente, porque a servidão, como direito real, tem como titular o dono do prédio dominante, e, como sujeito passivo, não o dono do prédio serviente, mas o mesmo do direito real de propriedade sobre esse prédio: a sociedade. Por isso, é indiferente quem seja o dono do prédio serviente (E. HuBn, *Die Eigentumerdienstbasrkeit,* 45 s.). O registro de imóveis veio criar a necessidade de se admitir os *iura in re,* sem ser *in re aliena,* como se admitia já no direito romano a servidão no bem sem dono (ULPIANO, *Regulae,* § 19: —Servus, in quo altenus est usufructus, alterius proprietas, a proprietatis domino manumissis liber non fit, sed servus sine domino est‘., cf. P. F. GIRARO, *Textes de Droit Rornain,* 461), o queR.

ELVERS *(Die rômische Servitutenlekre,* 30) sustentou. Fez bem *1*". TUOR *(Das neta Recht,* 429) em frisar que foram os livros de registro que, com a publicidade, tornaram possível a nova concepção.

Enquanto o proprietário o é dos dois prédios a *confuseio* se dá, quanto ao exercício; não há, como bem disse P.

TUOR *(Das neta Recht,* 429), restrição *efetiva* ao seu direito real no prédio serviente, se bem que figure no regeste a restrição e seja ele titular de direito de propriedade que sofre restrição. Materialmente, ele não experimenta qualquer óbice ao seu senhorio; mas, juridicamente, lá está no registro o direito de servidão sobre o —seu~~ prédio, o que o Código Civil brasileiro, art. 708, exprime do seguinte modo: —Salvo nas desapropriações, a servidão, uma vez transcrita‖, ou inscrita (entende-se), —só se extingue, com respeito a terceiro, quando cancelada'). Está entendido que o adquirente do prédio serviente pode providenciar para que se cancele (H. LEEMANN, em M. GMtYR, *Komen tar,* IV, 2.a Parte, 422). Não disse —para que se retifique‖, e sim —para que se cancele‖. O registro não passou a Ser contra a verdade; o registro passou a poder ser cancelado por pedido da mesma pessoa que é dono do prédio serviente. E —cancelar‖, não —retificar‖, é o que se lê no arts. 711 do Código Civil: —Extinta, por alguma das causas do artigo anterior, a servidão predial transcrita, fica ao dono do prédio serviente o direito de fazê-la cancelar, mediante a prova da extinção. Tudo é a seu líbito.

Qual a diferença entre o direito civil suíço e o brasileiro? No direito suíço, o art. 735, alínea 23, do Código Civil estatui que, —enquanto não se perfaz o cancelamento‖ (Solange die Lbschung nicht erfolgt ist, ...), —a servidão persiste como direito real‖ ... . bleibt die Dienstbarkeit aIs dingliches Recht bestehen). O Código Civil brasileiro, arts. 708, que se inspirou no Código de Zurique, art. 247, redigiu a regra: —Salvo nas desapropriações, a servidão, uma vez transcrita, só se extingue, com respeito a terceiros, quando cancelada‖ (assim, o Projeto de COELHO

RODRIGUES, art. 1.551, apenas com o adjetivo —inscrita‖, em vez de —transcrita‖) . É inoperante, aí, a diferença entre eficácia contra terceiros e realidade do direito, que existe no direito brasileiro e nos demais, porque não há

—segundo‖: o que ai se denomina —terceiros‖ é qualquer pessoa, *todos,* exceto o proprietário mesmo, porque esse pode pedir o cancelamento. Dir-se-á que o direito suíço aboliu a confusão, o que *Q*

Código Civil brasileiro conserva (art. 710, 1); porém o argumento é imprestável: primeiro, porque também lá o adquirente não está adstrito a respeitar servidão sobre o prédio próprio, e no direito brasileiro não está adstrito a proceder como se não existisse *(e.* g., os dois prédios estavam alugados, ou são sujeitos a usufruto, uso, ou habitação) ; segundo, a realidade do direito de servidão existe, porque o seu conceito não pode depender da inércia do proprietário; terceiro, a eficácia somente perante si mesmo seria irrelevante para o direito (o —terceiros‖ do art. 708 corresponde a todos *menos* o proprietário, portanto o segundo, o terceiro, o quarto).

É assaz relevante classificar-se o ato do proprietário que vai pedir o cancelamento do registro da servidão sobre a sua própria coisa, O ato é *declaração unilateral de vontade.* A pretensão para isso é ligada ao *direito formativo a cancelar.* Quanto à eficácia dele, e foi isso o que levou o art. 708 a falar de —com respeito a terceiros‖, o direito real desaparece com o

cancelamento, porém o proprietário responde aos —terceiros‖ (a quem quer que seja) pelos danos daí decorrentes. O

proprietário do prédio dominante A, que está alugado, adquire o prédio serviente B e provoca o cancelamento.

Cancelado está. Exerceu o seu direito formativo a cancelar. Porém, com isso, infringiu o arts. 1.189 do Código Civil (—O locador é obrigado:

1. A entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertenças, em estado de servir ao uso a que se destina, e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário‘)). Essa responsabilidade é contratual; não se trata de eficácia do direito real; o direito real extingue-se com o cancelamento; o locatário não poderia impedi-lo, nem outra pessoa. A eficácia real acaba com o cancelamento. Exatamente isso foi o que disse o arts. 708. Foi isso o que se inseriu no Código Civil de Zurique, art. 247, e no Código Civil suíço, arts. 785, alínea 23.

Nada obsta a que se grave a coisa comum u *iro indiviso)* em favor de um dos condôminos (cp. Código Civil, art.

757), se bem que a parte ideal de um não possa ser gravada a seu favor. Em geral, direito real limitado pode ser sobre coisa própria sempre que exista interesse jurídico em que nasça ou em que se construa como tal. Se a parte ideal já estava gravada, o gravame

subsiste até que se cancele o registro.

Se o que adquire a parte indivisa do imóvel já a adquire gravada e, posteriormente, adquiriu o prédio dominante, tudo se passa como se tratasse de duas coisas de que viesse a ter o domínio exclusivo, bem assim se adquire parte indivisa do prédio dominante quando já é dono do prédio serviente. O raciocínio que antes se fez tem, aqui, toda a aplicação. O caso intercalar é o de condômino do prédio serviente que se faz condômino do prédio dominante, ou do condômino do prédio dominante que se faz condômino do prédio serviente. Quando tratarmos do condomínio e dos edifícios de apartamentos volveremos a cogitar desse assunto. Se alguém compra o prédio, que tem servidão registrada, e o vendedor já era proprietário do prédio serviente, compra-o com a servidão. Se compra o prédio serviente a quem também é dono do prédio dominante, compra-o com a restrição real da servidão; porque o registro lá está. Salvo se a escritura diz livre de servidõess. Se o dono dos dois prédios os vende simultâneamente, sem dizer livre o prédio serviente, é certo que o comprador do prédio serviente conhece a coincidência de titularidade, porém é pelo registro que se há de guiar, e o registro não foi cancelado.

Nada obsta a que, por ocasião de juízo divisório, ou de partilha, ou de execução forçada, ou de venda de imóvel, se peça ao juiz que, ao deferir a divisão, partilha) adjudicação, ou arrematação, ou ato semelhante) acrescente ao imóvel servidão sobre outro, ou detraia ao imóvel servidão a favor de outro. Se o outorgado é, afinal, o dono do prédio serviente, ou do prédio dominante, não impede tal circunstância o ato de alienação e o registro.

CAPITULO 1

CONCEITO E NATUREZA DA PROPRIEDADE

IMOBILIÁRIA

§ 1.181. Conceito de bem imóvel e de prédio

1.CONCEITO DE BEM. O conceito de bem é o conceito da coisa como objeto de direito. O conceito de coisa, rigorosa-mente, é o de algo que, fora do homem, é; o conceito de objeto é conceito de algo construiido. O direito contemporâneo repele que se tratem os homens como coisas;

porém o homem, a própria pessoa, é objeto de direitos, como o direito ao nome, à própria imagem e outros, cuja natureza precisaria ser discutida, e o homem, menor, marido, mulher, é objeto de outros. Nenhum deles, porém, é direito real. Historicamente, os direitos foram todos pessoais, depois alguns se tornaram reais e ai se incluiam direitos . sobre homens como coisas; finalmente, precisaram-se os conceitos.

2.DIREITO IMOBILIÁRIO E DIREITO PREDIAL. O *direito imobiliário* é a parte do direito das coisas que trata das regras jurídicas sobre propriedade dos bens imóveis; *direito predial* é aquela parte do direito das coisas que se restringe a tratar das regras jurídicas sobre propriedade de prédios, abstraindo-se dos bens imóveis que não sejam

—prédios‖. Poder-se-ia ir além, incluindo-se as regras jurídicas que, fora do direito civil, se referem à propriedade predial, porém já se estaria a Colecionar, sob nome comum, arbitrAriamente escolhido, o que Pertence a ramos diferentes do direito. Tudo aconselha, portanto, a que somente se inclua no estudo do direito predial que é direito civil e o que, embora pertencente a outros ramos do direito, influa no direito civil. Quanto ao direito processual, a notícia sobre ele tem maior importância, porque o direito formal serve, a cada momento, a que se esclareça a natureza específica de certos direitos subjetivos, pretensões e ações.

§ 1.182. Objeto dos direitos reais

1.DIREITOS REAIS. O objeto dos direitos reais são coisas e a construção deles diferencia-os dos direitos pessoais, exatamente pela referência a determinada coisa como bem da vida. Essa referência satisfaz aos juristas para a definição do direito real como poder direto sobre a coisa, ao que se opôs outra parte da doutrina, principalmente francesa, mostrando que há sujeito passivo na relação jurídica de direito real e tal sujeito é a sociedade, todos, o grupo. A inclusão dos direitos de autor na propriedade veio —realizar‖ o que antes se concebera como direito pessoal.

2.OBJETO DE DIREITO E COISA. Bastaria a distinção entre direitos reais e direitos pessoais para que se visse a outra distinção entre objeto de direito e coisa ou objeto *material* de direito. Coisas são, de regra, objetos corporais. O

corpo do homem, todavia, não é coisa; nem o que passa a fazer parte integrante do corpo, como o dente postiço, a placa de platina que substitui pedaço de osso. Com a morte, o corpo faz-se coisa, porém ao direito, ainda aí, repugna tratá-lo como tal. Nem é propriedade do herdeiro, nem do Estado. A prática da venda do próprio corpo pela pessoa viva apenas tem a função de servir às pesquisas científicas, sem o caráter de alienação da coisa *futztra.* Ter-se-iam de construir tais negócios jurídicos, hoje frequentes no Brasil, como declaração de vontade entre vivos, semelhantes às disposições de última vontade sobre enterro, embalsamamento, ou outra providência sobre o próprio cadáver; porém seriam nulos tais negócios jurídicos. Se em testamento ou codicilo, valem. Também não são coisas, ainda *nullius,* as partes que se separam do corpo humano (FR. HELLMANN, *Vortrdge,* 34), salvo o que antes fora pôsto *(e.* g., dentes postiços) . Veja Tomos II, § 116, e VII, § ═783, 8-7.

§ 1.182. OBJETO DOS DIREITOS REAIS

75

3.IDENTIDADE DA. COISA. O conceito de coisa exige que ela se separe das outras coisas, que se *individualize.*

Aqui, tem-se de atender *à* materialidade *(e.* g., não se pode ter direito real sobre a coisa até *ali,* pôsto que seja possível de um têrço, ou de outra fração), pelo menos até onde a estrutura mate-sal da coisa não se choca com o conceito de objeto de direito de per si, com o conceito de coisa *(e.* g., os apartamentos do edifício de dois ou mais andares, ainda que a lei entenda que seria desaconselhável considerar —coisa‖ o apartamento do prédio de um só andar). No último caso, há discordância, porém não profunda, nem completa, entre a unidade natural e a unidade jurídica. Não se foge à natureza quando se tem como coisa o enxame de abelhas e não cada abelha; nem quando se tem como coisa as três peças do apartamento do edifício de dois andares. Os próprios terrenos, que são, afinal de contas, os bens da vida principais, não são coisas naturalmente separadas, ou individualizadas; é em nossa imaginação, quer se baste a si-mesma, quer se aplique em marcação dos terrenos, ou em obras divisórias, que há a fazenda A, a fazenda E, o sitio C, ou que A é proprietário do terreno de vinte metros de frente por cinqUenta de fundo à esquina das ruas Y e Z. Sobre paredes-meias, Tomo XII, §§ 1.854 e 1.857.

A identidade da coisa pode desaparecer se ela se transforma, como se da farinha se faz pão, ou se loteio o terreno.

4.OBJETO DE DOMINIO. Só os objetos corporais, as *coisas,* podem ser objeto de domínio. A lei conhece, porém, a propriedade intelectual (literária, artística, científica) e a industrial. Não temos a propriedade de coisas como *todo.*

5.COISAS IMÓVEIS. PRÉDIOS. SOLO E OUTRAS PARTES. As coisas imóveis são principalmente os terrenos.

O mais vai-se integrar em cada um deles. Coisas móveis são, pois, as Que não são terreno, nem se integraram nele.

(Os imóveis por determinação da lei, como as apólices da dívida pública gravadas de inalienabilidade, não nos interessam aqui. A lei Usou de ficção.)

(a)Há dúvida quanto ao étimo de *praediwnt:* ou 1) vem de *prata,* que alude a garantia, e deu *praesto,* estar como garante, que se não confunde com *praestare, preestar* (assim, (1.Currws, *Grundziige der grieckischen Et~nologie,* 58 ed., 249; VANICEK, *Etynwlogisches Wi $rterbuch der lateinischen Sprache,* 2.~ ed., 268); ou II) vem de *praeda,* de *prae-hdda,* da mesma raiz que *hedera.* Cp. *pre-hendo, prendo* (A. ZIMMERMANN, *Etymologisches Wãrterbuch,* 208 e 209).

(b)Prédio, *praedium,* não era só o terreno, era qualquer bem, inclusive dinheiro, advertia VÂREO, no seu tratado da língua latina. P. VICÂT *(Vocabularium Juris,* IV, 7-8) repetiu-o. Mas isso era *antiquissimi.s temporibus.* Hoje, prédio é o bem imóvel, urbano ou rural, reconstruído ou não reconstruido, plantado ou não plantado, e ainda o terreno quando é separado, juridicamente, do edifício, ou o edifício separado, juridicamente, do terreno. *Fundi,* fundos, que também se encontra nos textos romanos, é o que subjaz sem ter a edificação: por isso, ao fundo pertence o espaço que está por baixo dele e o espaço que vem em cima. (e)Convém dissociar o conceito de *prédio.* Em todo prédio há o *solo,* as *outras pafles integrantes,* as *pertenças* e as *acessões.* O solo, o terreno, é, pois, o primeiro conceito.(d) *Solo,* do latim *solum,* de raiz comum a *sola* e a *sala,* é a área sobre que se podem pôr edifícios ou plantações. A solo opõe-se superfície, de *super* e *fades,* que a linguagem fez parte da coisa, *face,* em vez do que está por cima da face. No direito, mantem-se o sentido do étimo. Os edifícios aderem ou, melhor, coerem ao solo (solo cohaerent aedificia), à diferença do montão, do aceno (cp. Código Civil, art. 543), que não se liga (acervus autem solo non cohaeret) . O solo pode ser *público* ou *particular.* São solos públicos: os de uso comum do povo, como mares, rios, estradas,

ruas, praças; os de uso especial, como os terrenos destinados a serviços do estabelecimentos públicos federais, estaduais ou municipais (ou, ainda, interestatais, ou estatais, estrangeiros, ou supra estatais); os que constituem o patrimônio da União, dos Estados-membros ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (Código Civil, arte. 65 e 66). Em relação a outrem, o terreno ou, mais geral, o solo pode ser *alheio,* ou *plenamente próprio* (de um só proprietário) ou *comum.*

(e)A aderência inexcetuável da casa, sem se admitir que possa ser imóvel e principal, denuncia que se está em perto -

do histórico baseado na propriedade da terra. A transformação das construções, que fez mais sólidas as casas, acabou com a freqüência das casas bens imóveis, e teria concorrido para se independentizar a casa como bem imóvel se os edifícios mais veneráveis e mais fortes não tivessem sido destruídos por perderem a própria principalidade *econômica* que tinham.

(f)O circo, a barraca de feira, a tenda desmontável, não são bens imóveis. Não no era, tão-pouco, o armazém móvel para tr&o, *horreum frumentariura somem.,* feito com tábuas de madeira, *ex tabulis lignei.s factum.,* que na L. 60, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1 (CtVoLÂ) Tício pôs em prédio de Seio; tanto que, não aderindo ao prédio, não se fiz de Seio: manteve a sua existência à parte e a independênela - Quanto às casas de madeira, se foram postas para pennatncla, deixando de ser desmontáveis, são parte integrante do prédio, pela acessão. Não assim se é da sua construção e destina serem transportadas de um lugar para outro. No passado eram tão pouco sólidas e encravadas no solo, que no *Sach.senatiegel* (1, 20, § 2; III, 76, § 2), eram bens móveis (cf. F. v. MÃRTITz, *Das ehelich.e Gitterrecht des Sach.senspiegels,* 219) e a também no direito francês (P. VIouzT, *Histoire (tu Droit civil français,* 526). Basta que se refiram a *Coutume d"Ártois* (1509) e a *Coutume nouvelie* de 1544 (149); —Grangoa, estaMes, mares-chaussées sont calheux; mais maisons manables, chasteaux, portes, fours et colombiers sont heritagoa‖. Foi a cultura, transformando a construção das casas, que as fez bens imóveis. Na Rússia do século IX ainda se comprava casa, se transportava, se montava, se habitava, numa semana (P. VIOLLET, *Histoire,* 526), e se desmontava depois.

As *coisas divisíveis* são as que se podem partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito (Código Civil, art. 52). As *indivisíveis* são as que se não podem partir sem alteração da sua substância e as que, embora naturalmente divisíveis, se consideram

indivisíveis por lei, ou vontade das partes (art. 53). *Se a coisa é divisível também o é o direito sobre ela;* quer dizer: todas as faculdades que compõem o direito podem ser exercidas separadamente por dois ou mais titulares, ou por um só, sem que se apague a pluralidade dos direitos - Os terrenos são, de regra, divisíveis, porém são in *divisíveis* a partir das dimensões que as leis de direito público reputam *mínimas* para a cidade, o bairro ou a rua.

E‘ princípio de direito das coisas que só se pode pedir a divisão material se a coisa é divisível, e o Código Civil alemão, § 752, o redigiu; mas é evidente que se trata de tautologia, ou

se alude a coisa divisível em sentido estranho ao direito. Os comproprietários, se não há proibição legal, podem acordar na divisão real das coisas indivisíveis: separar a parte superior e a inferior da peça de mobiliário; levantar paredes interiores em edifício que assim se torna impróprio à habitação.

6.DIMENSÕES DA PROPRIEDADE. Diz-se no art. 626:

—A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais que não tenha ê]e interesse algum em impedi-los‖. No Código Civil alemão, § 905, já se havia explicitado que —o direito do proprietário estende-se ao espaço acima da superfície e ao espaço abaixo da superfície do corpo terrestre‖. E acrescentou: —Todavia, o proprietário não pode proIbir as incursões em tal altura e profundidade que não tenha ele interesse na exclusão‖. O solo abrange terra e água, salvo onde *lez specialis* o exclui, *e. g.,* quanto a minas. Moleiros e outras vizinhanças que utilizem o ar não podem impedir a construção alta.

Todavia, pode haver abuso do direito.

A intromissão que se permite.. no art. 526, em virtude da regra jurídica, que a ela concerne, torna-se não-contrária a direito. Não cabe responsabilização criminal, nem por ato ilícito de direito privado. Se os pressupostos para ela foram satisfeitos, a propriedade, que se opõe a ela, opõe se injustamente (= contrário a direito). O incursante tem a ação declaratória, desde que se intromete, e a ação de preceito cominatório. Se comete abuso do direito é outra questão, inclusive quanto à titularidade por possuidores do imóvel em que se dá a incursão abaixo ou acima do solo.

O art. 526 suscita problema de ônus da prova. Quem deve provar a existência ou não-existência do interesse do proprietário do solo? A Câmara Civil do Tribunal de Justiça de

São Paulo, a 28 de abril de 1905 *(R. dos T.,* 54, 256), respondeu que aos interessados em passar pelo subsolo ou por cima:

—A doutrina e a jurisprudência se unanimam em proclamar que ao proprietário do solo não corre o dever de provar esse interesse. É-lhe bastante invocar o seu direito de propriedade. À outra parte toca o ônus de evidenciar a inexistência de qualquer interesse‖. A fonte do art. 526 foi o Código Civil alemão, § 905 (cp. suíço, art. 677) . O

interesse precisa ser reconhecível, porém não se lhe exige ser patrimonial (G. PLANCK, *Kommentar,* III, 272; J.

BIERMÂNN, *Sachenrecht,* 148). Tão-pouco é de exigir-se que a incursão seja abusiva do direito. Por outro lado, o interesse não precisa ser presente, pode ser futuro, inclusive por mudança de destinação do imóvel. A concepção geral é que decide quanto ao interesse do proprietário. Quanto ao ônus da prova, a decisão, que acima se referiu, da Câmara Civil do Tribunal de Justiça de são Paulo, está certa; porém não é verdadeira a afirmação do relator de que a conclusão coincida com a unanimidade da doutrina (no sentido do Onus ao incursante, *e. g., G.* PLANCK, *Kommentar,* III, 271;

K.KOBER, .*T. v. Staudingers Kommentar,* III, 246; J. BIER-. MANN, *Sachenrecht,* 150; K. MAENNER, *Das Sachenrecht,* 160, nota 15; contra: FR. LEONHARD, *Die Beweislast,* 412; W. McNICI!, Der Umfang des Gegenstandes des Grundeigentums, *Jh,erings .Tahrbilcher,* 38, 158; F. BUNSEN, *Schutz des Eigentums,* 421).

Rigorosamente, o sistema jurídico brasileiro permite que o proprietário do imóvel utilize, até onde as leis d e direito público o não vedem, o subsolo ou o sobresolo (espaço aéreo). Se o não utilizam, outrem pode utilizá-lo desde que a tal profundidade ou a tal altura que o proprietário não tenha interesse em proibi-lo (=opor-se) . No Tomo II, § 190, tratamos das intromissões em virtude de direito privado.

Tem interesse em opor-se, portanto legitimamente se pode opor, o proprietário que planeja edifício de trinta andares se se trata de aeroporto, à altura de vinte e nove ou menos, ainda para helicópteros. Tem interesse em opor-se, portanto legitimamente se pode opor, o proprietário que vai perfurar o solo em pesquisa ou para construção

subterrânea se alguma companhia está lançando ou vai lançar tubos para fios abaixo da construção existente, embora sem qualquer perigo para essa.

As pretensões e as ações são as de qualquer proprietário, com os remédios processuais adequados. Sempre é de propor-se-a ação declaratória, quer seja negativa, se a propõe o dono do solo, quer positiva, se a propõe o incursante.

Mas há a ação declaratória negativa, por parte do que se diz prejudicado com a atuação do dono do solo, se já houve a incursão

§ 1.183. Partes integrantes do prédio

1.O QUE É PARTE INTEGRANTE. Parte integrante do prédio é tudo que é edifício e dependência dele, tudo que a ele pertence, tudo que é indispensável à construção dele, tudo que o completa *(e.* g., os armários embutidos).

Existem partes integrantes essenciais e partes integrantes não-essenciais.

É elemento da definição mesma de parte integrante o ser Instintamente inserta na coisa como *unidade;* porém, de regra, na prática, somente interessa o conceito de partes integrantes quando são elas, embora integrantes, percebidas como partes corporalmente delimitadas. Sustenta o conceito de coisa como unidade a necessidade (já o vimos) de se não sacrificar a coisa como valor econômico ou sócio-econômico. Ma~ ele exige, como base, a *conendo corporal,* ainda que seja fungível a coisa, ou que toda conexão apenas resulte da força de gravidade. Distinguem-se as partes integrantes quando essas partes, a despeito daquela conexão, aparecem *exteriormente* como —coisas‖. Fora dai, passam despercebidas. Sei que o salão da biblioteca é parte integrante da casa, porém isso não me preocupa.

Preocupar-me pode o saber se é parte integrante dela a estante que cerca todo o salão.

2.CONEXIO CORPORAL. Seria erro crer-se que essa conexão corporal elemento *necessário* também o é *suficiente.* O meu cinto, salvo circunstâncias especialíssimas de feitio e côr do meu terno de roupa, não é parte desse. Nem é parte do vestido da senhora o broche que lhe prende o casaco.

O encanamento que leva água à fazenda de C, passando pela fazenda de E, depois de ter partido da fonte, que está na fazenda de A, não é parte integrante da fazenda de E, nem da fazenda de A. Se, porém, o cano, que leva água até à fazenda de C, é apenas braço, ou extensão, que *continua* o encanamento, até onde começa esse braço, ou extensão, é parte integrante da fazenda de A, se não é parte integrante da fazenda de E, como o braço, ou extensão, o é da fazenda de C. Tudo que foi mencionado na escritura como compreendido pela *fazenda* (arados, moinhos, bois, cavalos, moendas, motores, etc.) é parte integrante dela. Não no são, de regra, os tapetes e os quadros que o morador, ainda proprietário, tinha ou tem nos salões da vivenda. Note-se que, aí, já se atribui ao conceito de fazenda conteúdo que excede o de bem imóvel. No direito predial seria sem pertinência. Tudo aquilo é *pertença,* conceito de que trataremos no § 1.184.

3.PARTE INTEGRANTE ESSENCIAL. Sempre que se não pode fazer objeto de direito real separado a parte integrante, é ela parte integrante *essencial.* A essa tautologia equivale a outra: as partes integrantes essenciais não podem ser objeto de direito real separado. Não posso hipotecar o prédio sem o terreno. Melhor diremos, em plano empírico, que são partes integrantes essenciais as que o direito positivo não permite que se tenham como coisas independentes.

Nessa atitude do direito, que não é a mesma para todos os sistemas jurídicos, pois neles se refletem circunstâncias psíquicas (até psicanalíticas e econômicas), desempenha papel precípuo o conceito de independência da coisa. Não obstante certa variação dele, através dos tempos e dos lugares *(e. g.,* no Código Hamurabi, no direito romano antes do direito de superfície; depois, no Código Civil francês, no Código Civil alemão e no Código Civil do Brasil), há certo pressuposto básico para a vedação de independência: a *destruição,* que a separação material acarretaria, equiparando-se à destruição a grande diminuição do valor; e não importa qual das partes a sofreria *(e.* g., se ao edifício construído para determinado fabrico lhe retiram as máquinas profundamente encravadas, ofende-se o seu destino e a sua estimação econômica) . O caixilho ou moldura não é parte integrante essencial da tela, nem, sequer, o anel o é do diamante, salvo circunstâncias especiais que essencialmente os integrem um ao outro.

4.EDIFÍCIO. O edifício é parte integrante essencial do solo. Por isso mesmo não se pode, no direito brasileiro, ser dono de edifício em solo alheio, e não raro tem o proprietário do solo a pretensão à demolição do edifício à custa de outrem *(e.* g., Código Civil, art. 547, 2a parte).

São partes integrantes essenciais do edifício tudo que se utilizou, ou se está utilizando, ou imediatamente se vai utilizar, na sua construção (arg. ao Código Civil, art. 46).

Não se exige que a coisa esteja encaixada, embutida, encravada, presa a pregos ou parafusos, com caráter definitivo; às vezes basta a justaposição. A inserção é necessária quando se trata de materiais de construção, considerando-se inserto o que está em via de ser imediatamente utilizado como tal (a tinta com que está trabalhando o pintor, os tijolos e mármores que foram amontoados para emprego imediato na obra).

5.CONSTRUÇÃO E UNIDADE. PARTE INTEGRANTE NÃO ESSENCIAL. O que dá o conceito de *construção do edificio* não é só o que é necessário, em geral, aos edifícios: atende-se à destinação e à estrutura especificas do edifício. O que é essencial a um pode não no ser para outro. Se há plano da construção, Esse plano é que importa.

De ordinário, as estátuas que se colocam nas escadarias, ou cantos dos salões, não são partes integrantes essenciais~

mas o plano do edifício as pode fazer. Muitas vezes, circunstâncias de lugar, tempo e indústria podem, por si só, essencializar alguma parte integrante. Exemplo: o aparelho para projeções, se se trata de salões de conferências ou de diversões~ Porém aquilo que concerne ao negócio, ou exploração do edifício, pôsto que, sem tais coisas, pudesse ter sido considerado pronto o edifício, não é parte integrante essencial. A destinação ou fins transitórios não integram essencialmente aos edifícios as coisas que deles se incorporam. Tão-pouco é parte integrante essencial do edifício o que o usufrutuário, ou usuário, ou o credor anticrético, ou possuidor imediato construir no prédio, somente

no interesse do exercício do seu direito real ou da posse.

6.PARTES INTEGRANTES ESSENCIAIS E DIREITOS SEPARADOS.

As partes integrantes essenciais não podem ser objeto de direitos separados: não se pode hipotecar o edifício sem o terreno, nem penhorar a estátua que é parte integrante essencial do edifício do hotel ou do palácio, nem empenhar.

Cessa, desde a essencialidade, o *ias toliendi:* só as pode desprender, desembutir, desencaixar, desparafusar, arrancar-lhes pregos, ou

presilhas, quem pode *abusar* da coisa de que elas são partes integrantes essenciais.

As partes integrantes não essenciais são suscetíveis de direitos separados. O dono do bem, fazendo-as objeto de negócio jurídico, se bem que *ainda* não as tenha retirado, pode fàcilmente retirá-las, e o negócio jurídico já é no sentido de que isso aconteça. Em todo o caso, o negócio vale. Se o dono do bem entregou a outrem a propriedade ou a posse da parte integrante não-essencial, transferiu-lhe o *ias toilendi,* e a parte integrante não-essencial, a despeito da conexão corporal que persiste, deixou de ser —parte integrante‖.

7. COMUNHÃO —no DIVISO‖. De regra, tudo que é comum e em conexão corporal com edifício sujeito a comunhão *pra divisa* se tem como parte integrante essencial. Veremos mais tarde como perdem algumas coisas a dependência, isto é, quando lhes começa ou lhes recomeça a independência.

8.PEÇAS DE EMBUTIMENTO. As vigas, travas, tirantes, escoras, pontalêtes, colunas, escadas, toldos, lareiras, as estantes para livros embutidas nas paredes, ou apenas pregadas com permanência, *bibliotkecae parietifrus inhaerentes* (L. 41, § *9,* D., *de legatis et fideicontmissis,* 30), ou semelhantes estantes, armários, ou cavidades, para outros objetos, e os cofres de parede (3. GRIMM, *Weisthdimer,* IV, 274), são partes integrantes. As partes integrantes dos apartamentos não são, todas elas, partes integrantes comuns. Se há parte integrante comum, nenhum dos comuneiros pode pedir a divisão; porque é parte integrante do todo indiviso.

§ 1.184. Conceito de pertença

1. PERTINENCIALIDADE. A pertinencialidade assenta em razão de finalidade, em relação entre coisas, que supõe conexão. Não depende de quere-la, ou não, o *dominas.* As suas conseqüências são as mesmas, se ele as quer, ou se não as quer. A vontade do dono da coisa não decide; a relação existe, ou não existe. O que o dono pode, ou poderia ter feito, com as coisas é, ou seria, pó-las em relação ou não nas pôr. Não é o dono que determina a pertinencialidade; o que o dono pode fazer é estabelecer os pressupostos para a relação.

Essa distinção é de grande importância. Porque não prestou atenção a ela, cometeu C. G. WÁCETER *(Handbuch das im Kõr&igreicke*

Wiirttemberg geltenden. Privatreckts, II, 250 a.) o erro enorme de falar de pertenças —legais‖ e pertenças —voluntárias‖. Por isso mesmo, os negócios jurídicos são impotentes para estabelecer pertinencialidade (J.

UNGER, *Syatem,* 1, 450 s.; 3. KOHLER, Zur Lehre von den Pertinenzen, *JaJ&rbijcker fiir die DogmatiJc,* 26, 4142). Aqui, já se percebe a diferença entre pertença e coisa dita acessória.

2.ACESSÓRíO E PERTENÇA. A pertença auxilia, ajuda; a coisa acessória está ao lado. Nem toda coisa acessória auxilia, ou ajuda; na pertença, há isso a mais a contingência da relação de direito das coisas. A vontade, expressa ou tâcitamente, ou por simples declaração presumida, pode fazer a coisa A ser acessória da coisa E; não basta, sempre, para fazer a urna ser pertença da outra. Veja Tomo II, §§ 138 e 142.

Ao lado da categoria de *parte* apareceu a de *pertença.* Porém, no direito romano clássico, a dicotomia era apenas entre *pars* e *res,* entre a parte integrante e a coisa distinta das outras. Ou era parte, ou era coisa. Não havia terceira categoria (H. GÔPPERT, *ttber die organj.gche Erzeugnjsse,* 58 a.; antes, E. O. GESTERDINO *Alta und neue Irrth4Lmer,* 847; depois, *j.* KoHUR, Zur Lehre von den Pertinenzen, *.Tahrb&her flir dia Do gmatik,* 26, 83, e PAUL SOKOLoWSKI, *Dia ?h.ilosopkia ira Privatrecht* 1, 387). Mas o investigador percebe que a disunção vinha vindo, ou que não passou sem toldar o pensamento dos jurista5 clássicos (G. *L.* EUNICE, *Die Lehre von den Partinenzen* 2 a. e 47).

1)0 CONCEITO DE PERTENÇA. A própria terminologia dos juristas romanos não indicava que eles concebessem as pertenças, o —propter aedes habetur‖ servia a tudo que se ligava a casa. Quasi pars rei‖, quase parte da coisa, alude a parte conceptual, ideal, que é quase como parte corporai. Os juristas modernos consideram pertença o que, sem ser parte, permanece a ajudar a coisa. —Ergo quia adiuvat pars est‖, lê-se em antigos; portanto, conforme acima dissemos, não se havia estabelecido essa *terceira* categoria. SÊNECA,

□ *nas Epistolae,* Epíst. SE, Livro XIII, 3, 24 e 25, profligou a confusão e escreveu três proposições excelentes, a propósito do falso —ergo guia adiuvat pars est‖: —Multa adiuvant nos nec ideo partes nostrae sunt‖, muitas coisas nos ajudam sem que por isso sejam partes nossas; .... . immo si partes essent, nor adiuvarent: cibus adiutorium corporis est,

non tamen pars est‖ antes, se partes fossem, não ajudariam: o alimento é adjutório do corpo, não é, todavia, parte dele.

Coisa e parte eram as categorias que satisfaziam as exigênciae psíquicas e econômicas (vida empírica) dos Romanos dos tempos clássicos. O problema de se saber qual seria o objeto do contrato de quem vendeu a casa para demolição tinha de sacudir os filósofos. No momento do contrato, a casa é bem imóvel, porque o é o fundo. Se se venderam os bens móveis, os materiais, ainda não os há: a venda seria prematura.

Que o conceito se vinha formando, implicitamente, ve-se bem, na L. 17, § 11, D., *de actionibus ern.pti venditi,* 19, 1, fonte do nosso Código Civil, art. 46, e na L. 17, § 2, isto é, nos textos em que se entendia (negócios jurídicos, extensivos a certas coisas), na falta de disposição da parte, o que se declarava sobre outra coisa.

4.MUDANÇA DA DESTINAÇÃO. A mudança de destinação econômica pode fazer desaparecer a pertinencialidade; e. g., se os donos do edifício de apartamentos, que também o são de outro, a tiram de um para outro, ou um deles a leva consigo, após deliberação unânime. A mudança de destinação econômica não basta a fazer a parte passar a pertença, ou a coisa autônoma.

§ 1.185. As pertenças dos prédios

1.CONCEITO DE PERTENÇA DO PRÉDIO. Ao conceito de partes integrantes do prédio sucede, em exame metódico das relações de dependência entre as coisas, o conceito de *pertença.* Toda coisa móvel que, sem ser parte integrante da coisa, está destinada a servir à finalidade que o homem dá (fim econômico ou sócio-econômico) a *outra* coisa, é *pertença.* O termo é velhíssimo no direito brasileiro e corresponde ao que a terminologia científica adotou noutros países. Em documento das Saízedas do ano de 1273 lá está: —Damos a vós e a isa Eigrega esses casais com suas entradas e com suas exidas e com todas as suas pertenzas‖. *(txida* está, ai, por saída, *exitus,* e não por exido, terreno inculto, que ficava A frente ou nos fundos das vilas ou das vivendas, O étimo é o mesmo; mas o acento deveria ter sido diferente.)

2.A PERTENÇA E A COISA PRINCIPAL. No conceito de *pertença* alude-se a coisa que tem principal papel, como os aparelhos de sucção para

o serviço comum do edifício de apartamentos, e a coisa móvel que exerce papel acessório.

Não há principio a *priori* que vede a concepção de coisas Imóveis como *pertenças* de outra coisa imóvel. Se a coisa imóvel o terreno pode ser pertença de outro imóvel depende do direito positivo de cada país. Os órgãos e as cadeiras de genuflexão são pertenças da Igreja. A escola, que está ao lado, noutro edifício, não: ou é parte integrante, ou é coisa independente. Tal a solução do direito brasileiro. Não posso fazer pertença da minha casa o terreno ao lado: o terreno ao lado de minha casa e o terreno que está sob a minha casa, ou sob as suas dependências, e as suas dependências são partes integrantes da minha vivenda, que é correspondente a esses terrenos. Ainda que me seja possível promover a divisão deles, só há, até esse momento, um terreno. Se, no registro público dos imóveis, constam dos livros dois terrenos e se construí a casa num deles e do outro fiz jardim, enquanto não for transcrito algum negócio jurídico que faça desaparecer a separação (terreno A, terreno B), dois são os terrenos e sem relação de *pertença* a coisa principal, nem, tão-pouco, de parte integrante. O problema complica-se se construo a casa no meio do terreno e vendo um deles, sem falar da casa que em parte foi construída do terreno vendido. Porém tudo se passa como se passaria com quem construísse em terreno alheio, assunto de que se tratará adiante, ao termos de falar da aquisição da propriedade por acessão *(inaedificatia)*

3.COISA DESMONTÁVEL. Quando alguma casa é desmontável pode ser pertença, inclusive de terreno vizinho.

Exemplo: o telheiro para automóvel, a título precário, ou de direito das obrigações *(e. g.,* locação), no terreno alheio do lado, ou no meu próprio terreno. Tão-pouco é essencial que o dono da pertença seja o mesmo da coisa principal: basta que esse tenha o poder de estabelecer a relação de dependência.

4.PERTENÇA E COMUNHÃO. A pertença pode servir a mais de uma coisa principal, ou à coisa comum, indivisa ou *pra divisa,* tais como, respectivamente, a máquina de beneficiar arroz que se destina a duas fazendas, ou à fazenda pertencente a A e B, e os bancos do jardim ou de entrada que servem ao edifício de apartamentos. Se se vende uma das fazendas, ou se A vende a sua parte indivisa, ou se o dono de um dos apartamentos o vende, entende-se, *na dúvida,* que está incluída a quota na máquina de beneficiar algodão ou nos bancos dos jardins ou de entrada do edifício de apartamentos.

5.FIM E EFETIVIDADE. Quem fala de pertença fala de coisa que está em relação de dependência com outra (quase sempre proximidade espacial *mais* utilidade). A dependência traduz-se no *fim;* não na *efetividade:* o navio que comprei para a fábrica já é pertença da fábrica desde que satisfiz as exigências do registro; o gado que foi pôsto no trem para vir ser utilizado nos arados da fazenda já é pertença (pode ser que passe a ser parte integrante de fazend; de criação) . Não é relação de dependência a que resulta de exploração temporária, transitória. Nem a separação transitória quebra a relação de dependência (o Código Civil, art. 46, só se refere a partes integrantes, porém, quanto às pertenças, o princípio é o mesmo).

6.PARTE INTEGRANTE E PERTENÇA. Não se pode pensar em pertença se não há *relaçdo de dependência;* porque, se não existe essa, há duas coisas independentes, ou há partes integrantes. A principalidade de uma coisa é pressuposto essencial, para que se possa ter à outra como pertença. As peças para substituição ou de reparação, todos os chamados materiais de reposição ou de reserva, são pertenças. A madeira, ou o carvão, que se vai empregar nas fornalhas das fábricas, ou está em provisão para o caso de faltar no mercado, é pertença. Porém as matérias primas o algodão, a seda, a madeira para ser cortada, ou trabalhada em móveis não são pertenças: o que é trabalho, ou para ser trabalhado, não pertence ao esqueleto da fábrica.

São coisas transitórias, que logo passam.

(a)Enquanto a coisa é pertença de outra, o possuidor dessa outra é possuIdor imediato da pertença; e não pode outra pessoa ser possuidor da pertença enquanto não se separa da coisa possuída.

(b)A emprêsa pode ser objeto de posse, e isso dá ensejo a que a posse apanhe bens imateriais; mas esses bens imateriais estão incluidos na empresa, como partes integrantes (cf. FERRARA JUNIOR, *Lft Tearia giuridica deWÁzienda,* 141).

7.PERTENÇAS DO EDIFICIO DE APARTAMENTOS E PERTENÇAS DO APARTAMENTO. Quanto *(a)* As pertenças do edifício de apartamento e *(b)* às pertenças de cada apartamento, ou só de dois ou de todos menos *x,* não podem ser tratadas com os mesmos princípios. As pertenças (a), ainda quando suscetíveis de divisão cômoda, somente podem ser divididas segundo as regras da comunhão *pra indiviso* quanto ao que é comum. No que concerne às pertenças *(b),* as regras

são as da comunhão *pra divisa.* Principalmente a pertinencialidade *(Pertinenz*

-qualitdt, Fertinenzialitai, dois termos técnicos) só desaparece segundo os princípios que a fazem cessar, em cada espécie de coisa comum. Essas noções são utilissimas na prática.

8.DIREITO ROMANO E DIREITO COMUM. Foi o direito comum que arquitetou a teoria das pertenças, pois o direito romano não passara do *principia da. extensividade da negócia jurídica às pertenças,* regra dispositiva (L. 38,

§ 2, D., *de actianibus empti venditi,* 19, 1), e não precisara as exceções a esse principio. (a) O princípio, sabe-se hoje, somente apanha os negócios que sejam transíativos da coisa, tais como a compra-e-venda, a doação e os legados. Não, porém, os negócios que só se referem ao *usus,* ou ao *fructus,* tais como o aluguer e o comodato. (b) Sempre que se tenha de incluir a pertença, o ato que é transiativo para a coisa principal *basta* para a translação da pertença. A entrega das chaves da fazenda ou ordem que se apresenta ao feitor para entregá-la e é cumprida por ele, não tem a consequência de dispensar tradição das pertenças: é tradição, também, das pertenças. (Se a pertença não é de propriedade do alienante, o adquirente que a recebe é tratado como adquirente *a non domino,* de boa fé, ou de má fé.)

(c) A relação de pertinencialidade é assaz importante em direito hipotecário: os —acessórios‖, a que se refere o art.

810, II, do Código Civil, são pertenças; e pertenças, as —acessões‖ de que fala o art. 811, 1.8 alínea, porque o que acedeu (o que foi adquirido por acessão) já se incorporou na coisa: fez-se com ela uma sé; é parte integrante, e não pertença. Não pode ser hipotecada como pertença do imóvel o que não é de propriedade do devedor, nem como pertença do imóvel, em tal caso, pode ser penhorado, ou arrestado, ou sequestrado, o que não pertence ao réu da ação de execução, ou ao réu de medida assecuratória.

§ 1.186. Afirmação e prova das pertenças

1.ONUS DE AFIRMAR E ÔNUS DE PROVAR. Aquele a quem interessa que se reputem pertenças de outras algumas coisas, ou alguma coisa, tem o ônus de afirmá-lo, salvo se é notório ou se consta do título. Se as partes integrantes se hão de ter como tais, dispensando-se a

afirmação, não acontece o mesmo às pertenças. Ao que interessa que se tenham como tais cabe afirmá-lo. Ao que o afirma corre o ônus de prová-lo. Quando é a lei mesma que determina a relação de dependência, não há ônus de afirmar, nem de provar; mas, se é preciso que se mencione em inventário, há o ônus de inventariar, que não se confunde com aquele. De regra, tratando-se de exploração industrial, com edifício próprio, ou não, as máquinas ou utensílios que se destinam à exploração, ou são partes integrantes ou são pertenças. Quem afirma, portanto, réu ou autor, tem de distingui-las. Quem afirma que alguma coisa é pertença de outra deve prová-lo (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado rético de Morgados,* 318).

Mas, se se tratavam, notoriamente, como pertenças, algumas coisas, ou constam de escrituras como tais, ou algumas coisas eram, com essa suposição, inclui-das nos impostos exemplo de MANUEL ALVARES PÉGAS

é dispensada outra prova (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitêntico,* II, 242; *Discurso sobre os Direitos dominicais,* 161). Se algum texto diz —com suas pertenças‖, compreendem-se todas as coisas que, por lei, ou regulamento, ou costume, se devem entender inclui-das (II, 242).

2.TRANSITORIEDADE DA DESTINAÇÃO. A essas velhas lições sobre o ônus da prova junte-se que, se afirmada e provada a destinação da coisa à finalidade que se deu a outra, o adversário afirma a transitoriedade dessa destinação, é a ele que incumbe provar que é transitório o emprêgo dela.

§ 1.187. Pertenças dos templos

1.OBJETOS. Todas as imagens, cálices, castiçais e demais objetos de cultos religiosos, inclusive roupas paramentais que não sejam de uso pessoal dos sacerdotes, pastôres, rabinos e demais oficiadores ou participantes de cultos, são pertenças (CH. MEURER, *Begriff und Eigenthiimer der heiligen Sachen,* II, 5-10). Ainda quanto à propriedade, o que se há de presumir é que tudo que está na igreja ou, em geral, no templo, pertence a ela ou ele.

Isso não exclui a prova em contrário, segundo os princípios que regem a propriedade e a posse (3. ROELER, Zur Lehre von den Pertinenzen, *Jahrbiicher fiir die Doginatik,* 26, 175-177).

2.EXISTÊNCIA E INDEPENDÊNCIA. Alguns objetos perderam a existência à parte, fazendo-se assim partes integrantes do templo *(e. g.,* altar aderido às paredes), em vez de apenas perderem a *independência* (pertenças) ; embora eles-mesmos, como certos altares e gradis, possam ser simples pertenças, isto é, possam existir como objetos, se bem que sem independência.

§ 1.188. Pertença de —objetos‖ que não são coisas

1.PERTENÇAS DE DIREITOS. O Código Civil não falou de pertenças de outros *objetos de direito* que não as coisas. E‘ de origem medieval falar-se de —acessórios‖ de castelos, de herdades, de fideicomisso0. Influência germânica, que ainda se refletiu no direito russo imperial. E‘ digno de ler-se o Capitulo *De pertinentiis castri* do livro de M. E. KRAUT, *De Jure Pertinentiarum.* Também se raciocinava com os conceitos de pertenças do usufruto, ou da enfiteuse, o que era erro.

2.O CóDIGO CIVIL, ART. 1.706. O Código Civil, no art. 1.706, onde diz que a coisa legada se há de entregar com os seus acessórios, no lugar e estado em que se achava ao falecer o testador, refere-se a —pertenças‖, e pode ser aplicado, analôgicamente, aos utensílios e instalações de emprêsa, no caso de venda; porém não os faz pertenças.

Quanto aos direitos (patentes, direitos de proibição de concorrência, direitos derivados de contratos de fornecimento, etc.), não são perten.. ças de outro. São direitos acessórios, o que é outra coisa.

§ 1.189. Coisas secundinas; frutos, produtos, rendimentos

1.PARTE INTEGRANTE, CONCEITO ROMANO; ACESSÓRIO, CONCEITO GERMÂNICO, MEDIEVAL. A concepção da parte integrante é romana. A de secundária, germânica, medieval, eslava. Denuncia ingenuidade fi1ófica, primitivismo. O Código Civil aludiu a essa, adotou definições; mas construiu o conceito de coisa, de imobilização pela acessão, etç .; com a doutrina romana. Isso acontece sempre aos juristas e legisladores superficiais: usam conceitos indeterminados, e não medem até onde vão as conseqüências do que escrevem.

2.ACESSORIEDADE. A secundariedade, relação que resulta da lei, ou

da vontade humana, ou das circunstâncias, não é relação de conexidade orgânica é relação em que o direito B alarga ou fortalece o direito A, de tal modo que a transferência desse implique a daquele, porém sem que o direito B deixe de existir separadamente, isto é, sem que ele, as suas pretensões e ações se possam exercer sem se exercer o direito A, ou sem se exercerem as pretensões e ações que tocam a esse direito. O constituir unidade econômica bastava aos Germanos para a relação de secundariedade. Não tinham eles a noção da pertença. Depois, a nossa cultura romano-germânica extraiu e desenvolveu os dois çonceitos: o de pertença e o de acessório. As leis nos obrigam a trabalhar com eles, ou sem os determinar, ou usando de definições incorretas, como ocorre no art. 61 do Código Civil.

3.FONTES DA RELAÇÃO DE ACESSORIEDADE. As fontes da relação de acessoriedade são muitas; e dai mesmo a quase imprestabilidade de conceito. A exata aplicação dele é menos frequente do que se pensava; é perigoso invocá-lo ainda onde as leis o empregam. Não raro aludem, como o nome, a algo de diferente. Foi F.

REGELSRERGER *(Pandekten, 1,* 207) quem chamou atenção antecipando-se a utilizações da lógica contemporânea na determinação do conteúdo da acessoriedade para o perigo de se tirarem conseqüências e conclusões da natureza acessória de algum direito. Negou-lhe mesmo valor dogmático. Os direitos acessórios são distintos dos créditos, não são elementos deles. Em conexidade jurídica com eles, sem se apegarem, sem se fazerem partes deles. O privilégio do crédito na falência é qualidade do crédito; não direito acessório.

4.CÓDIGO CIVIL, ARTS. 61 E 59. No Código Civil, artigo 61, consideram-se —acessório‖ do solo: 1. Os produtos orgânicos da superfície. II. Os minerais contidos no subsolo.

III.As obras de aderência permanente, feitas acima ou abaixo da superfície. Também as benfeitorias (art. 62). Aí, entendendo-se literalmente o art. 60, acessório estaria em sentido de *parte integrante,* erro de terminologia, e de *frutos* e *rendimentos* (art. 60), ou *produtos.* Por outro lado, o art. 59 estatuíu:

«Salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal‖. Disposição especial em contrário está aí por lei ou vontade da parte. Porém a letra do art. 59, encambulhando partes integrantes, frutos, produtos, rendimentos, e talvez pertenças, chamaria acessório

ao que o não é, pois a maioria dos produtos orgânicos da superfície se compõe de partes integrantes, bem assim certos minerais e certas obras; e a parte integrante, uma vez que não teve, nem tem, ou perdeu a existência como coisa, não pode ser acessória, O art. 59 tem de ser lido como se dissesse: —Quando estiverem em relação de acessoriedade são acessórios do solo, etc.‖ Só a tautologia O salvaria.

Na dúvida, é que só se há de considerar acessório o que no art. 61 se define; *e.* g., quem define o que é acessório O

e o que é principal é a *voluntas testatoris:* tais regras legais são para os casos omissos. MENÔQUIO chamou atenção, já no seu tempo, para essa precipuidade das circunstâncias; e J. AvE RANIUS *(Interpretationum luris,* II, 656 s.) expressamente disse que ao testador cabia definir (nosso *Tratado dos Testamentos,* 1H, 453, 454 e 624).

5.COISA SEPARADA E PARTE. Tudo que está em conexão orgânica com o solo ou com os alicerces é, para o direito, parte do solo, não coisa separada. Não sendo coisa, por si mesma, não pode ser coisa móvel ou imóvel (F.

REGELSBERGEIC *Pandekten,* 1, 376). Se não perderam a conexidade, os produtos orgânicos da superfície são partes integrantes, e não coisas separadas; se a perderam, passaram a ser coisas e então são *pertenças* ou *acessórios* (conceito mais largo) ou são coisas independentes. As árvores não são coisas imóveis; porque não são coisas: são partes integrantes de coisas. —Arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo‖ (L. 40, 11V, *de actionibus ernpti vertditi,* 19, 1) . —Portio agri videtur aqua viva‖ (L. 11, pr., IV, *quod vi aut clam,* 43, 24).

Se o proprietário do prédio faz algum negócio jurídico, por exemplo venda de demolição do edifício, ou de exploração da mata, não faz negócio jurídico sobre coisa imóvel; porque ele não vendeu ou firmou outro negócio jurídico sobre o terreno, o bem imóvel, mas permitiu a cessação da conexidade entre o edifício e o terreno, ou as árvores e o terreno, *mais* o negócio jurídico que lhe aprouve (compra-e-venda ou outro negócio jurídico) sobre as coisas *móveis* após o despregamento. Com isso, o proprietário deu ao outro negociador o direito ou o dever, ou o direito e o dever de *desligamento* ou *desconexão* da parte integrante.

6.ENTENDIMENTO DO ART. 61 DO CÓDIGO CIVIL. Assim, para se entender o art. 61, 1, do Código Civil, que diz serem —acessórios do

solo os —produtos orgânicos da superfície‖, temos de excluir, de antemão, os produtos orgânicos da superfície que *ainda* estejam ligados ao solo como partes integrantes dele: se estão em conexidade orgânica, são partes integrantes; sendo partes integrantes, não são corpos separados, *coisas* per si; não sendo coisas per si, eles e alguma coisa não se podem fazer os polos de relação de acessoriedade: para que exista acessório, é preciso que existam, *juridicamente,* duas coisas, a principal e a acessória; ora, *ex hipothesi,* uma não existe, é parte integrante.

7. O ART. 59 É‖ DISPOSITIVO‖. O art. 59 é *dispositivo.* Também o é o art. 1.706, que diz: —A coisa legada entregar-se-á com seus acessórios, no lugar e estado em que se achava ao falecer o testador, passando ao legatário com todos os encargos, que a onerarem‖. O Código Civil alemão, § 2.164, tem a regra como interpretativa.

8.—ACCESSORIUM SEQUITUR NATURAM Sul PRINCIPALIS‖.

O principio **Accessorium sequitur naturam sui principalis* é tautologia, que tem o inconveniente de ser indeterminado o conceito de acessório e de ser sem valor científico a definição que vem no Código Civil, art. 58:

—Principal é a coisa que existe sobre si, abstrata ou concretamente. Acessória, aquela cuja existência supõe a da principal‖. Os frutos, o *partia ancillae,* o tesouro, as acessões, como a ilha *iii flumine nata* seriam acessórios (7!) ; mas acessórios são também, pela definição, as *pertenças.*

A expressão *accessio* tem se prestado a graves confusões. A proposição —Res rei cedit‖ e a outra —In accessionis locum cedit‖ não tem sentido técnico determinado. Maiores equivocidades trouxe o brocardo, relativamente novo e a técnico

**"Accessorium sequitur principale". *Ãccessio cedat prineipaU* supóe a *maior species.* Porém seria erro traduzir-se o que se passa na acessão com o equivoco **Áccessio cedit princi.. paU* (cf. A. C. J. SCRMW, *Handbuck,* 131; KARL SEu, *Rómiache Lehre der dinglicheu Rechte,* 1, 253; A. BECHMANN, *Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Áccession,* 11). A acessão é puramente fática.

9.O QUE SÃO FRUTOS. Os bens imóveis, incluidas as suas partes integrantes imobilizadas, e as suas pertenças dão *frutos.* Alguns escritores confundiam frutos ç produtos orgánicos. Outros frutos e

rendimentos. Outros, ainda, os três.

O Código Civil reflete esse caos doutrinário e ainda, no artigo 512, fala de frutos *naturais* e de frutos *industriais* Os produtos orgânicos das coisas são mais do que frutos. *Frutos* são os produtos orgânicos da coisa, se, colhidos, não a prejudicam, ou se são os que resultam do destino econômico da coisa. (1) As frutas, as batatas, as crias de animais, a lã, as fôlhas, a lenha, são frutos. Não é fruto a lenha, se prejudica o bosque e o valor da terra. Nem é fruto o que ficou do incêndio das matas, nem o que se cortou para se evitar a propagação do fogo.

Também são *frutos:* (2) a areia, o barro, a pedra, o cimento, os metais; se esse é o destino econômico do terreno.

Portanto, os frutos são produtos, se também se reputa pendente o que se tira da terra; porém, ainda assim, não só os produtos organicos.

Há ainda os (3) *frutos civis,* que são o que provém da coisa, por ter o proprietário ou pessoa com direito à sua posse, ou quem a possui, permitido a outrem usá-la ou frui-la. *E.* g., se alugo a minha casa, os alugueres que recebo.

Quanto aos juros do capital, discute-se se são frutos. Ao direito romano não repugnou o afirmá-lo. Os juros seriam frutos que *non natura pervenit, sed jure percitur* (L. 62, pr., O., *de rei vindicatione,* 6, 1). As regras, com exceções raras (L. 89, § 1, D., *de lepatis et fideicommissis,* 30; L. 20, § 14, D., *de hereditatis petitione,* 5, 3), eram as mesmas (L. 34, O., *de usuris et fructibus,* 22, 1).

Mas o juro é apenas produto do direito de crédito: a cada pretensão satisfeita entra o que se *cobrou,* não como fruto do capital, e sim como objeto de outra relação que se criou com o crédito. POMPÓNIO (L. 121, D., *de verborum significatione,* 50, 16) dizia: —Usura pecuniae, qúam percipimus, in fructu non est, guia non ex ipso corpore, sed *ex alia causa* est, id est nova obligatione‖.

10. A RELAÇÃO DE FRUTIFICAÇIO. A produtividade de frutos não é de procurar-se na coisa mesma, ou em relação entre coisas, e sim entre os homens e os bens econômicos (L.VON PETRAZYCKI, *fie Lehre vom Einkommen,* 1, 67 s., 254 s.). Mais: em relações inter-humanas a coisa pode ser infrutífera, isto é, não suscetível de dar frutos *(e.* g, um diamante) e a coisa pode vir a ser frutífera (o urânio de certas terras do norte do Brasil foi exemplo). Aliás, onde havia o trabalho escravo, não se *via* a atividade dele como valor e se identificava o fruto-

produto da coisa com o fruto-trabalho; e foi a filosofia estóica, que mostrou a distinção e proclamou, através de GAIO, o absurdo de se ter como fruto o filho do escravo. (Cabe deixar notado que VOLLENHOVEN, *De exigua vi, quanê philosophia greca habet in efformand« jurisprudentia romana,* 93, s., viu bem a evolução que se operou devido aos filósofos estóicos.) Veja Tornos II, §§ 139 e 140, e §§ 1.129 e 1.141.

11. ESPÉCIES DE FRUTOS. Os frutos são *pendentes,* enquanto ainda unidos à coisa que os produz, são, então, parte da coisa; *separados,* quando já se processou o fato físico da separação; *colhidos,* ou *percebidos,* se já se apanharam com o destino de serem usados. Se já esta em poder do dono da coisa, ou do possuidor, dizem-se *corteumidos;* se ainda não foram consumidos, dizem-se *ext antes,* do verbo *extar,* que é português, usado pelos clássicos, inclusive ANTÔNIO VIEIRA, e vem de texto latino (ex-sto). São *percipiendos* os frutos que, devendo ou podendo ser percebidos, ainda não no foram.

Os frutos pendentes são parte da coisa. Por isso é que os frutos dos bens imóveis, durante a pendência, são bens imóveis: não porque o sejam como frutos; e sim como parte do todo, que é bem imóvel. A madureza não faz cessar a pendência. Frutos, maduros, enquanto não caem, ou alguém, ou algum animal não os apanha, são frutos pendentes.

Vendido o prédio, vendidos estão os frutos pendentes. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa fé (do possuidor) devem ser restituidos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio. Devem ser também restituidos os frutos colhidos com antecipação (Código Civil, art. 511) . O possuidor de má fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má fé; tem direito, porém, às despesas de produção e custeio (art. 513).

12. TEORIA DOS FRUTOS. Presidiu à formação da teoria dos frutos o *principio da continuidade do inorgânico pelo orgá* sujeito do direito de propriedade. A *justividade* do bezerro é a mesma que se apontaria na vaca. Cf. L. 48,

§ 5, D., *de furtis, 47,* 2. Mas também as concepções filosóficas criavam discordância. Outra opinião surgia na L. 10,

§ 2, IX, *de usurpationibus et usucapionibus, 41,* 3, onde se lê: _Escreve CÉVOLA, no livro undécimo das Questões, que MARCELO opinou que,

se a vaca emprenhou em poder do ladrão, ou no do herdeiro do ladrão, e pariu em poder do herdeiro do ladrão, não pode ser usucapido pelo herdeiro o bezerro separado; assim, disse, igualmente, o parto da escrava. Mas escreve CÉVOLA que ele pode usucapir o parto; porque o parto não é parte da coisa furtiva.

Mas, se fosse parte, nem ainda se houvesse parido em poder de comprador de boa fé, podia ser usucapido‖. No direito brasileiro, a boa *fé é* que há de decidir (Código Civil, arts. 490-492, 495 e 521), salvo o caso do art. 619.

14. CÓDIGO CIVIL, ART. 60. Diz o art. 60 que entram na classe das coisas acessórias os frutos, produtos e rendimentos. a) Naturalmente, entende-se que os frutos *separados* são acessórios: os frutos pendentes são parte da coisa; sendo parte, não podem ser coisas distintas para que entre eles e a coisa que os produzira se estabelecesse a relação de acessoriedade.

b) *Produtos* aio frutos e o Código Civil, distinguindo frutos e produtos, alude (sem a adotar noutros artigos) à distinção entre produtos orgânicas e produtos inorgânicos. Além disso, falou de rendimentos, o) *Rendimentos* sAn, aí, só os frutos *civis* (alugueres, foros, rendas)

COELHO DA ROCHA *(Instituitções,* 1, 55) tinha de frutos noção bem defeituosa: considerava-os *pertenças;* e entre os frutos naturais somente mencionou os produtos orgânicos da natureza, O Código Civil, falando de frutos, produtos e rendimentos, procedeu a distinção que não corresponde, sequer, ao seu próprio sistema.

15.ARREMATAÇÃO E ADJUDICAÇÃO. Na arrematação e na adjudicação entende-se que foram arrematados ou adjudicados os frutos pendentes. O devedor é reputado vendedor, na hasta pública (MIGUEL DE REINOSO, *Observationes Practicae,* 887) e o fato do juiz é, pois que ato de execução foiçada, como se fora fato do devedor, O

credor, ou outrem, a quem se adjudica o bem, ou quem o arremata, comprador é. Não se entendem incluídos os frutos, se foram excluidos, ou se o ata da avaliação não os incluiu. Trata-se, pois, de interpretação do laudo dos avaliadores e dos editais. Quanto aos frutos civis, a divisibilidade déles pelos dias ou meses ou anos permite que se ratelem entre devedor e arrematante (SILVESTRE GOMES DE MORAIS, *Tractatus de Executionibus,* VI, 363) o que correu desde a data da arrematação, ou da adjudicação, pertence ao arrematante ou

adjudicante; o que decorreu antes, não. Se o prédio estava arrendado e havia frutos naturais que o inquilina se apressou de colhêr, devendo colhê-los depois da arrematação, ou adjudicação, é ao arrematante ou adjudicante que toca qualquer ação contra ele, se lhe pertenceriam os frutos.

O que se disse sobre a arrematação ou a adjudicação em execução forçada tem igual cabimento a propósito de quaisquer alienações em hasta pública, ou venda por leiloeiros, au por particulares, havendo, ou não, publicidade.

Também aqui o que importa é a *invitatio ad offerenxlunt* ou a oferta, que se há de interpretar; e, na dúvida, se tem de entender que a alienação se fez compreendidos os frutos pendentes. Quem convida a oferecer, ou quem oferece, diz o que é que há de ser oferecido, ou que se oferece. Se houve avaliação em que um se levou em conta a parcela que corresponderia aos frutos pendentes, como se disse —a Fazenda A, que vale x, tendo produzido safra a colher-se, já vendida, que deu aí‖. claro que não se pode pensar em alienação da Fazenda A com os frutos pendentes. Idem, se se disse —a Fazenda A, cuja safra foi vendida a B‖, ou explicitamente se enunciou: —a Fazenda A, por x, e a safra, por v‖, ou —a Fazenda para ser entregue depois da safra‖.

Na dúvida, entende-se que se incluiu a safra; portanto, compreendem-se os frutos pendentes, a safra próxima, se nada se disse quanto a esses frutos, ou safra.

As despesas que se refiram à colheita, bem como as que se originem da pendência dos frutos, também se hão de entender a cargo do adquirente desde a alienação e entrega, na arrematação ou na adjudicacio, ou noutro negócio jurídico.

Em tudo isso, a que importa é a interpretação da declaração de vontade, para se saber, ao certo, qual foi o objeto da alienação e qual o momento em que há de cessar a responsabilidade do alienante e começar, para o adquirente, o direito aos frutos ou a assunção dos riscos. As regras jurídicas que acaso hajam de incidir são regras jurídicas dispositivas ou interpretativas; portanto regras jurídicas que somente podem ser invocadas se não se manifestou, em devida forma, a vontade do alienante e do adquirente, ou se há dúvida quanto ao que foi que se manifestou.

CAPITULO 1

CONCEITO E ESPÉCIES DE AQUISIÇÃO

§ 1.190. Conceito de aquisição de direito

1.FATO JURÍDICO DA AQUISIÇÃO. Em toda aquisição de direito há o sujeito que adquire (adquirente), o objeto que se adquire, o modo pelo qual se adquire, que sempre ocorre perante outrem (pessoa ou sociedade). Nos casos em que só a sociedade assiste à formação do nosso direito, a *causa.* ou *titulus* é desligado de qualquer pessoa. Nós é que nos inserimos no lugar de outrem, ou é esse que nos põe no seu lugar, ou nós o empurramos 4o lugar em que está; porém a lei, que ordinariamente faz justa a causa da aquisição, se o dono da coisa a aliena, raramente sanciona o ato de se afastar a outrem que se achava na relação jurídica como titular dela.

À mentalidade primitiva e *à* antiga sempre repugnou que a coisa não pertencesse a alguém. Ao ar mesmo os Romanos chamavam *res comimunia onvn~um,* coisas comuns a todos, condomínio a *n-* sujeitos de direito, a tantos titulares quanto os sujeitos de direitos. As coisas religiosas, *res divini juris (res sacrae, res religiosae, res sanctae)* e as *res comrnunia c‟mnium* eram ditas *res n.ullius,* expressão que também se estendeu (influência filosófica sabiniana) às *res derelictae.*

2.SUCESSIO. A construção das relações jurídicas *entre* sucessor e sucedido como sendo ligadas à relação entre o sucedido, o alienante e a sociedade, e à relação entre sucessor e sociedade, levou ao erro de se conceber a aquisição por ato do sucedido como *troca* do sujeito na —mesma‖ relação jurídica.

§ 1.191. Causas de aquisição no direito brasileiro

1.CÓDIGO CIVIL. O Código Civil tem grande número de regras sobre a aquisição da propriedade imóvel (artigos 580-588), porém encambulhadas com as regras de limitação e as de exercício de certas pretensões e ações. O art.

530 é o principal, contendo a enumeração das causas em *numerus clausus:* —Adquire-se a propriedade imóvel‖, diz o art. 530:

—1. Pela transcrição de titulo de transferência no registro do imóvel.

II. Pela acessão. III. Pela usucapião. IV. Pelo direito hereditário‖. Não houve método no enumerar: ou a acessão e a usucapião haviam de vir antes; ou antes deviam estar a aquisição entre vivos e a pelo direito hereditário. Seja como *for,* a lei subentende que todas as coisas imóveis ou tem dono, ou são extra-comércio (art. 69, que se leia omitindo-se a 2.~ parte), ou alguém perdeu a propriedade ou ninguém a teve, e outrem usucape.

2.AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA E AQUISIÇÃO DERIVADA. A técnica distingue os modos de adquirir *originários* e os modos de adquirir *derivados.* Cumpre, todavia, ter-se todo cuidado em ler-se o que os escritores dizem, ou em entenderem-se propouições em que os adjetivos —originário‖ ou —derivado‖ aparecem. Há ambigUidade; e, pois, fácil confusão.

Se a aquisição é vista na *história da coisa irrusivel,* isto é, na história do objeto da relação jurídica de propriedade imóvel, claro que os conceitos de *origirtariedade* e *derivatividade* não são os mesmos de quem observa a aquisição na *história do titular da propriedade imóvel.* As ciências, ainda as matemáticas, só recentemente se submeteram a depurações rigorosas, que a lógica contemporânea permitiu, saneando o pensamento humano; não é, pois, surpreendente que os juristas não tenham passado pelo mesmo crisol. Aplicando expedientes de rigor lógico, temos: (a)Na *história da coisa imóvel,* a aquisição da propriedade imóvel é originária se nunca (memorialmente) foi a coisa objeto de tal propriedade: ao adquiri-la alguém, não há lembrança (jurídica) de que outrem tenha sido, em algum tempo, titular de relação jurídica de domínio em que essa coisa fosse *objeto.* Se alguém, algum dia, o foi, a aquisição é pos-tenor. Aqui, entram razões filosóficas, de ordem econômica ou psicanalítica, para que os juristas se dividam entre *a)* os que, partindo da *imortalidade do direito de propriedade,* somente admitem que se perca o bem imóvel quando outrem o adquire: nem vazio nem ressurreição (nas próprias ressurreições haveria alusão à morte, à vaziez provocada pela derrelicção) ; e *b)* os que permitem que morra a relação jurídica de propriedade, e mais tarde, ou nunca, outrem se insira em relação nova, que então nasça.

(b)Na *história dos titulares do direito de propriedade,* atende-se ao momento da aquisição, e só a ele: é ao *titulo* que se há de chamar *originário,* ou *derivado.* Por isso mesmo, não se indaga se a coisa teve dono, em momento que não foi o *imediato* anterior ao em que se adquire. Se herdei, adquiri a título derivado: o que era sujeito da relação jurídica de dom!fio, deixando de o ser, permitiu que eu lhe

sucedesse, e o meu titulo tem *autor* (como em

—chamamento à autoria‖; PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil,* 1, 118:

—Autor neste sentido se diz aquele de quem o réu recebeu causa, isto é. de que houve a coisa que possui, e em cujos direitos sucedeu, ou por título universal, como o de herdeiro, ou por título particular, como o de donatário, comprador, ou outro semelhante‖). Se o meu titulo não tem autor, o meu titulo é originário.

Desses conceitos, algumas definições e enunciados se tiram que são tanto jurídicos quanto lógicos: a) Na aquisição originária, o domínio é adquirido tal como o adquirente o atrai. Não dissemos —tal como a vontade do adquirente o criou‖, ou —tal como a vontade do adquirente o constitui‖, erro em que incorrem os juristas *(e. g.,* LAFAIETE

RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 91-92; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das Coiaos,* 1,118; também, C. MAYNZ, *Cours de Droit romain,* 1,389:—Quand l'aquisition est originaire, le droit acquis existe tel que la volonté de l'acquéreur le crée‖. *b)* Sendo derivada a aquisição, a propriedade transfere-se tal como se achava com o sucedido ou transferente: *Nemo plus iuris ad alium transf erre potest, quam ipse haberet* (L. 20, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1; L. 54, D., *de diversis regulis inris antiqui,* 50, 17, onde vem o brocardo) . *e)* Os direitos reais, por desmembramento do domínio, ou em garantia, não se extinguem com a transferência ou com a aquisição a título originário. *d)* Os defeitos do titulo transmitem-se, *e)* Resolvido o domínio do alienante, resolve-se o do adquirente, se aquele estava sujeito à resolução. *Resoluto iure concedentis, resolvitur ius concessum.*

A regra jurídica *Nemo plus juris transf erre potest quam ipse habet* resulta da noção mesma de aquisição derivada: o que é não pode ter derivado do que não foi. A tradição não deve nem pode transferir mais ao que recebe do que há no que transmite *(L.* 20, pr., D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1: —Traditio nibil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit‖, onde, aliás, —traditio‖ e —tradit‖ foram interpolações, pois em ULPIANO, *ad Sabinum,* devia estar referência a —mancipatio‖). Na L. 46, ULPIANO *(ad edictum)* disse, no entanto, não ser novo que o que não tem o domínio dê a outro o domínio; porque o credor, vendendo o penhor, presta causa de domínio que ele mesmo não tinha (Non est novum, ut qul dominium non habeat, alii dominium praebeat: nam et creditor

pignus vendendo causam dominji praestat, quam ipse habuit). Não há, ai, exceção àregra.

O credor vendia a coisa empenhada, porque .o credor) vencida a divida, vendia, pois houve outorga de poder sob condição suspensiva (R. VON JHERING, Die passive Wirkung der Rechte, *Jahrbiicher flir die Dogmatik,* 10, 533).

No sistema jurídico brasileiro, rege o art. 774, 2. parte, que opera como regra jurídica dispositiva Ú = se não foi estabelecido no negócio jurídico de penhor, ou posteriormente, em pacto ou em procuração o poder de alienar, entende-se que o credor não pode alienar).

Na *L.* 175, § 1, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17, PAULO *(ad Plo5utium)* disse: —Non debeo melioris condicionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit‖. Não devo ser de melhor condição que o meu antecessor, do qual passou a mim o direito. Ou, pois que há algo de imperfeito na frase: não há de ser (&—debet‖, em vez de —debeo‘1) de melhor condição a minha situação que a de meu antecessor, do qual me vei o o direito.

A usucapião não executa a regra *Nemo plus iuris trans-ferre potest quam ipse habet,* quando se exigia a boa fé, ou não existência de delito (R. STINTZING, *Das Wesen von* bona lides *und* titulus, 14 s.). Nem, hoje, a aquisição da propriedade pela transcrição (art. 530, 1), se ocorre que o transferente não era dono.

Quanto aos bens móveis, há o problema da propriedade no direito cambiário: o possuidor de boa fé é legitimado e não pode sofrer a reivindicação. Quem tem direito a legitimar-se dono é. Tal o princípio (material) da publicidade, no velho direito germânico (A. HEUSLER, *Institutionen,* II, 20; E. HUBER, *Die Redeutung der Gewere,* 20). Do assunto trata-se no Tomo XV.

Procuram saltar o problema os que, para a ocupação da coisa derrelicta, ou para a aquisição da propriedade imobiliária *non domino* pela transição, recorrem a *terceira* espécie, que não existe, de aquisição: aquisição *mii generis, G.* CARLIN, *Nemo plus iuris ad alium transf erre potest quam ipse habet,* 100) ; sucessão originária, contrassenso de li. DERNBURG *(Pandekten,* 1, § 81) ; aquisição quase-originária (MENDELSOHNBARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft,* 431); aquisição originária em vestes derivativas (L. KUHLENBECK, *Von deiz Pandekten,* 1, 312). Em verdade, empregam conceitos que levam a contradição (originária + derivativa), expediente que nenhuma ciência pode suportar.

Para sustentar que a aquisição, em caso de posse de boa fé, dos títulos cambiários e cambiariformes, ou do imóvel em virtude do art. 530, 1, *a non domino,* é derivativa, O. WENDT (Erwerb von einem Nichtberechtigten, *Árchiv flir die civilistische Praxis,* 89, 17 s.) disse que o suporte láctico contém ato de transferência e, ainda em se tratando de aquisição de títulos cambiários e cambiariformes ou outros bens para cuja aquisição se exige a boa fé, não se pode elidir o ato de transferência. Mas transferência de quê? Transferência da posse, um dos elementos mas um só! do suporte láctico da aquisição.

3.FRUTOS NA CONCEITUAÇÃO. A falta de precisão na conceituação é responsável por certos erros e pela discussão, injustificável sobre ser modo derivado, ou originário, a usucapião. Naturalmente, se se adotam os conceitos de (a), a usucapião pode ser que seja, e é provável que seja, derivada; se se adota (b), é originária.

Psquicamente, aos juristas de influência proculeiana era penoso conceber usucapião como modo originário.

Nenhuma dor com isso sentiam os de influência saliniana, quer dizer: de filosofia estóica. Quando, nos nossos dias, um KANT, na *Metaphlisik der Sitten,* § 83, diz que a extinção só se opera como consequência da usucapião, sabemos qual a data do seu pensamento~ na história do direito romano. Entre nós, LACERDA DE ALMEIDA *(Direito das Coisas,* 1, 121 s.) resistia, desesperadamente, em admitir a usucapião como modo originário: era dos que frisavam tratar-se de —prescrição aquisitiva‖. Antes dele, LAFAXETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 165), que leu a F. VON SAVIGNY, porém não atendeu à sua crítica. Em tudo isso, há o vicio de se ver a *história da coisa,* porém, por igual, o pendor a guardar, no máximo possível, a conservação dos direitos.

4.MÉTODO DE ExPOSIÇÃO. Por método, convém que se trate primeiro da usucapião; depois, da acessão; em seguida, da aquisição entre vivos e da aquisição *iure hereditario.*

5.ANÁLISE DOS MODOS DE ADQUIRIR. Diz o art. 530: —Adquire-se a propriedade imóvel: 1. Pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel. II. Pela acessão. 111. Pelo usucapião. IV. Pelo direito hereditário‖.

A espécie do art. 530, 1, é a da transmissão por negócio jurídico (acordo de transmissão e registro) ; a espécie do art.

580, IV, é a de transmissão hereditária universal ou singular. Não se falou, em especial, da sucessão universal no patrimônio da pessoa jurídica extinta, como se sobreveio à fundação aplicação do art. 30 do Código Civil, ou extinção da sociedade ou associação civil (art. 23) ou comercial, ou fechamento de partido político (Constituição de 1946, art. 141, § 13), ou de fusão, ou estatilização (União, Estado membro, ou Município) de sociedades. Também não se falou da desapropriação, que é modo de perda da propriedade, porém também o é de aquisição pelo desapropriante. No caso da fundação, somente com a sentença (Código de Processo Civil, art. 654) declarativa da extinção (art. 30, *verbis* — vencido o prazo de sua existência‖), ou constitutiva negativa (art. 80, *verbis* —nociva ou impossível a mantença de uma fundação‖) ~ que se pode dar a incorporação (ato sempre constitutivo!), sendo transcrita a sentença ou inscrita, conforme se trata de domínio ou de certo direito real, para que se estabeleça a exatidão do registro. Tudo se passa como a respeito da transmissão por adjudicação em hasta pública (art. 532, III, *in fine),* por analogia. Quanto às sociedades, que se extinguiam, ou que se extinguem com a sentença, a eficácia da aquisição sómente surge com a transcrição ou a inscrição, tal como ocorre com a transferência a elas de quotas em imóveis (Decreto número 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 239, IV) . A sentença é que tem de ser registrada, salvo se o contrato tudo previu. A analogia, respectiva reflente com o art. 532, III, *indefine,* e 531, impõe-se. Nas desapropriações, a sentença que julga a desapropriação (Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, art. 29:

—Efetuado o pagamento, ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição no registro de imóveis‖). Tratando-se de terras devolutas, a carta de sentença de legitimação de posse (Decreto-lei número 9.760, de 5 de setembro de 1946, art. 57, 164-174) tem de ser transcrita no registro de imóveis (Decreto-lei n. 9.760, art. 164) ; bem assim a carta de sentença no concernente às terras que foram declaradas devolutas sem que a elas alguém se haja legitimado posse (Decreto-lei n. 9.760, art. 172)

Também se hão de registrar o titulo administrativo de justificação de posse de terra devoluta (Decreto-lei n. 9.760, art. 180, *verbis* —titulo recognitivo do domínio do justificante titulo que será devidamente formalizado como o de legitimação‖), ou a sentença que lhe reconhecer os direitos, em apreciação do ato administrativo desfavorável, OU

em ação de redivindicação (Decreto-lei n. 9.760, art. 176, *in fine)*

A transcrição tem por efeito a transferência da propriedade, isto é, do imóvel com todas as suas *partes integrantes* essenciais e, em caso de dúvida (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 184), das não essenciais. Abrange, também, a de certos bens móveis, as *pertenças,* se os figurantes as incluíram na alienação (art. 59). O outorgado recebe das pertenças não o que de boa fé entendia que o eram, e sim o que o era, nos latos da vida. A vontade das partes é que determina o que dentre as pertenças se traspassa com o imóvel, o que não se traspassa, ou se transpassam todas as pertenças. O artigo 59 é *ius dispositivum.* (no direito alemão, *interpretativuin).* A regra jurídica do arts. 59 somente incide se há a relação de pertinência ao tempo da transmissão; não basta que se haja vendido, ao mesmo tempo, ou no mesmo ato, o bem móvel (diferença entre vender a casa *e* es móveis e vender a casa *com* os móveis-pertenças).

No direito brasileiro, a regra jurídica concerne a quaisquer alienações, e não só às alienações por negócio jurídico *(aliter,* no direito alemão, G. PLANCK, *Konvmentar,* III, 336). Todavia, não apanha as desapropriações de imóveis (Decreto-lei n. 3.865, de 21 de junho de 1941, arts. 1.0 e 4□0) É preciso que da pertença seja dono o alienante do imóvel. Se as pertenças se transferem com o imóvel, o art. 620 não incide; portanto a aquisição da propriedade ocorre, ainda que o alienante não tivesse a posse, ou ainda que o adquirente não na venha a adquirir sobre o imóvel e as pertenças. Se as pertenças não eram do alienante, não há transmissão da propriedade. Se a pertença estava empenhada ou de outro modo sujeita a direito real, ou direito com eficácia *erga omnes,* o direito não se extingue com a transmissão da propriedade do imóvel com as pertenças. A prova da propriedade do alienante incumbe ao adquirente. O alienante tem o anus de afirmar e provocar que a alienação não compreende as pertenças, se não consta do negócio jurídico que estão excluídas.

A transmissão da propriedade imóvel pela transcrição do negócio jurídico (arts. 530, 1) é o primeiro e o mais relevante dos modos de adquirir. *Sedes inaterias* são os arts. 530, 1, 538 e 856, 1. São elementos essenciais o *acordo* e o *registro,* isto é, o consentimento do que consta do registro, que pode ser feito perante o oficial do registro (se o outorgante não disse transferir a propriedade e a posse ao outorgado; se o disse, é supérflua a repetição perante o oficial do registro), ou constar, como e de praxe, das escrituras de compra e venda, doação e demais negócios jurídicos. O direito brasileiro tem a declaração ante o tabelião, ou ante a autoridade judicial, que haja de tomar parte na alienação de imóvel, *e. g.,* quando o juiz julga a transação (art. 1.028, Código de Processo Civil, arts.

206; II.LEHMANN, *Der Prozessvergleich,* 205 a.). O direito alemão somente muito tarde generalizou a declaração ante o tabelião, que é velhíssima no direito luso-brasileiro.

Os figurantes podem representar se e nada impede que um represente o outro, ou terceiro a ambos, inclusive que o pai venda ou doe ao filho, que representa como comprador ou aceitante da doação. Se o proprietário foi condenado a prestar a declaração de vontade de transmissão (Código de Processo Civil, arE 1.006), a espécie entra no arts. 530: tem-se por prestada a declaração, como se o tivesse sido pelo que prometera transmitir. Mas a eficácia da transmissão é com o registro, e não com o trânsito em julgado da sentença.

É admissível a transmissão sob *condicio juris, e. g.,* constituir-se a pessoa jurídica até tal data (G. PLANCK, *Komment ar,* 4. ed., 831; H. DEENRURO, *Das Biirgerliche Reckt,* III, 309, nota 6; J. BIERMANN, *Sackenrecht,* 188; mas, sem razão, E. DRONKE, Die Auflassung eines Nichteingetragenen, *Deutscke .Jurjsten-Zeitung,* VI, 283

s.). Bem assim, a propriedade pode ser a termo final ou condição final (art. 647).

Se a mulher ou o marido aliena bem seu, ou sua parte no bem comum, sem assentimento do outro cônjuge, a transcrição não se pode fazer antes que esse assinta, ou depois de cessar a sociedade conjugal, pôsto que o juiz, diante da dúvida do oficial do registro, deva permitir a protocolização (MÂRNN WOLFP, *Lehrbuch,* III, 182, nota 13). Se a transcrição se fez, é sem eficácia quanto ao cônjuge; pode, com o assentimento posterior, fazer-se eficaz, *ex tune.* O cônjuge que devera ter assentido e não assentiu tem a ação de anulação do negócio jurídico causal e a pretensão à retificação. (No direito alemão, o § 925 submeteu o acordo parte transmissão de propriedade imobiliária a exigência de forma especial e chamou *Autktssung,* como espécie de acordo, *Einigung,* §§ 873 e 878; teve-a, a demais, como incondicionável e não suscetível de termo. No direito brasileiro, o pedido exigência é que não pode ser condicionado, nem sujeito a termo; e a transmissão nunca pode ser finalmente condicionada ou com termo final.

A propriedade, sim.)

Se para a alienação do imóvel é preciso que o permita a autoridade pública, a sanção depende da lei. Se a lei nada disse a respeito, a transmissão não é nula, nem anulável mas apenas relativamente ineficaz. Raramente não há de acontecer, porque os legisladores

pensam, quase sempre, em nulidade, ou em anulabilidade, e o exprimem, *e.* g. —É

nula. . .

—Não vale. . .—, —Não pode...‖. Contudo, não cabe buscar-se o que ele pensava, e sim o que ele exprimiu.

A *acessão* (art. 530, II) é o segundo modo de se adquirir a propriedade imobiliária conforme o Código Civil, arts.

530 e 586-549, concernentes à formação de ilhas (art. 587), à aluvião (arte. 538-540), à avulsão (arts. 541-543), ao abandono do álveo (art. 544) e às construções e plantações (artigos 545-549).

A *usucapião* de bens imóveis foi disciplinada no Código Civil, arte. 550-553.

O direito hereditário trata da aquisição *ope legis* (saisina, arts. 1.572) e da sucessão por legado (arts. 1.626, 1.664, 1.678-1.707, 1.709, 1.710-1.716, 1.729-1.740).

Os princípios gerais levam a tratar-se igualmente a eficácia do registro para oS negócios jurídicos e para os atos trans-missivos não-negociais, exceto a transmissão *ex lege* do art. 1.572 ([não a partilha ou a divisão!). Tal solução técnica fOra a do 1 Projeto alemão, § 837; a 2 Comissão limitou a proteção da boa fé aos atos aquisitivos negociais *(Protokolle,* III, 78; Código Civil alemão, § 892). O Código Civil brasileiro tem solução própria, que atende às particularidades das espécies que a própria ciência alemã não havia estudado a fundo e exigiu penoso trato na justiça e na doutrina do Brasil, até cristalizar-se na sistemática de agora.

6.PODER DE AQUISIÇÃO. O poder de aquisição é efeito da capacidade de direito. Quem é capaz de direito tem poder de adquirir. A tautologia ressalta. Não há, portanto, direito de adquirir, há capacidade de que é manifestação o poder adquirir os direitos *a, b, o.* O poder de disposição resulta do próprio direito de que se dispõe; de modo que não há qualquer correlação entre poder de dispor e poder de adquirir. Porque o adquirir é, logicamente, *anterior* à ligação de quem adquire ao direito; ao passo que o dispor supõe que se tenha o direito, ou, pelo menos, que outrem o tenha e alguém possa dele dispor. Não há, no poder de adquirir, relação com o direitO, se bem que possa haver limitações à aquisição no tocante a certos direitos.

Há *proibições* e há *limitações* de aquisição. Não há restrições (isto é, diminuições por negócios ou atos juridicos *stricto sensu) à* aquisição, pois que atingiriam a capacidade de direito. Só a lei pode limitar a capacidade de direito, subordinando-se, entenda-se, às regras jurídicas constitucional 'S *(e. g.,* Constituição de 1946, art. 141, §§ 1.0 e 2.0) Se há proibição negocial de adquirir e, na espécie, é licita, a sua eficácia é somente pessoal. A infração do dever é tratável como infração do dever de não-fazer (art. 882; Código de Processo Civil, arts. 998, 999 e 1.007; não invocável O art. 883 do Código Civil, porque se invadiria a capacidade de direito) 7. ORDEM DAS MATÉRIAS. A ordem em que devemos tratar dos modos de aquisição da propriedade imobiliária a seguinte: usucapião, acessão, transcrição do titulo de transferência, direito hereditário. Não se começou a ser dono por titulo transcrito, ou por sucessão hereditária, e a acessão supõe propriedade imobiliária a que o bem móvel aceda. Temos assim, os modos tipicamente romanos, a *usucapio, a accessic* (insula in Ilumine nata, alluvio, avulsio, alveus derelictus, satio, plantatio) e a herança; e o modo moderno, que é o da aquisição segundo o registro imobiliário.

Dos modos de adquirir a propriedade imobiliária, a usucapião e a acessão são originárias, o que acede objetivamente se integra sem que se suceda, tal como se usucapião e em que se suceda a outrem (há usucapião da *res nullius)* ; a aquisição por direito hereditário é sempre derivada; e a aquisição por transcrição, que, de regra, é derivativa, pode ser originária, como veremos, em virtude do principio de proteção à fé pública. Hoje em dia, a transferência por transcrição passou à primeira plana. Todavia, em pais de grande extensão territorial, como o Brasil, não perdeu a importância que sempre teve o instituto da usucapião. De passagem, temos de advertir em que usucapião é substantivo do gênero feminino, como *usucapião* e recolheu-lho FRANCISCO SOLANO

CONSTANDO *(Novo Dicionário,* 4 S ed., 951) . Os juristas empregavam o termo como feminino *(e.* g., ANTÓNIO

RIBEIRO LIZ TEIXEIRA, *Curso de Direito Civil português,* 3. ed., 109 s.). Também GONÇALVES VIA-NA *(Vocabulário ortográfico e ortoépico da Lingua portuguêsa,* ed. de 1909, 860) deu-lhe o genero feminino.

CAPITULO II

§ 1.192. Aquisição da propriedade imóvel por usucapião

1.NÃO SE ADQUIRE, PELA USUCAPIÃO, *"DE* ALGUM‖. Na usucapião, o fato principal é a posse, suficiente para originariamente se adquirir; não, para se adquirir *de alguém.*. É bem possível que o novo direito se tenha começado a formar, *antes* que o velho se extinguisse. Chega momento em que esse não mais pode subsistir, suplantado por aquele. Dá-se, então, impossibilidade de coexistência, e não sucessão, ou nascer um do outro.

Nenhum ponto entre os dois marca a continuidade. Nenhuma relação, tão pouco, entre o perdente do direito de propriedade e o usucapiente. Sem razão, A. BRINZ *(Lehrbuch,* □

2 a ed., 1, 244 e 563), F. REGELSEERGER

(Pandekten, 1, 244), E. CUQ *(Institutions,* 1, 248 s.), E. HÓIÃDER *(Pandekten,* 186) ; certos, B. WINDSCHEID

(Lehrbuch, 1, 9. cd., 913), O. voN GIERKE *(Deutsches Privatrecht,* 1, 279, nota 2), e K. R. vor CZYHLARZ

(Eigentumserwerbenarten, 1, 24 s.).

A posse para se usucapir há de ser posse própria, mas por posse própria não se tenha a posse do proprietário, porque o proprietário não precisa usucapir. A posse do imóvel como seu (art. 550), ou da coisa móvel como sua (art. 618), é acontecimento do mundo fático - A crença no título, na causa de adquirir, nada tem com a posse mesma. Podem existir o justo título e a crença, sem existir a posse própria, ou qualquer posse. Podem existir a posse e o titulo, sem existir a crença. Podem existir a crença e a posse, sem existir o título. Pode existir o titulo, sem existirem a crença e a posse; ou a posse sem existirem o título e crença; ou crença, sem existirem posse e título.

Não se podem usucapir partes integrantes dos prédios *(e. g.,* o edifício sem o terreno, 2. Turma do Supremo Tribunal Federal, 11 de novembro de 1947, *R. dos* 7%, 188, 941)

A ação de usucapião, que se não confunde com a *Publiciano. acho,* é ação declarativa, com elemento eventual (necessário, em se tratando de imóvel) do registro da sentença, efeito constitutivo que

erradamente se tem querido exagerar. O seu procedimento é edital (Código de Processo Civil, art. 455 e § 1.0), pelo menos na usucapião trintenal. Compete ao possuidor que satisfaça os pressupostos de direito material (Código Civil, arts. 550-558) para a aquisição do domínio (Código de Processo Civil, art. 454) . A sentença que julga procedente o pedido transcreve-se no registro de imóveis mediante mandado (§ 2.0) . Há a usucapião trintenal, posta pelo Código Civil, acertadamente, em primeiro lugar, porque a verdadeira história do instituto mostra que, a despeito de parecer excepcional a usucapião trintenal, *longi temporis possessio,* a *usucapio* se fundava, desde as origens, na posse 9.

TIL SORIRMER, *Die Grundidee der tisuca$on,* 80; R. STINTzING, *Das Wesen der* bona fides, 6; E. SOHM, *Institutiorteu,* 163 ed., 897), sem se cogitar de justo título e boa fé. Depois foi que se aboliu a usucapião e a vida reinstalou, através da *longi temporas possessio,* a instituição mais acorde com ela. No ano 531, Justiniano fundiu as duas. A rigor, a usucapião do art. 550 do Código Civil é que é —ordinária‖.

A importância maior da usucapião, é nos países de terras a déspostas. Porém, ainda nos centros populosos e de território cadastrado, é de relevância no tocante a aquisições a não dono, ou a dono incapaz, ou sem poder de dispor e demais casos de nulidade ou de anulabilidade do título, quanto à aquisição de coisas perdidas ou extraviadas. Já não há a limitação absoluta da usucapião à *res habilis* (excluídas as coisas furtadas, *res furtivae; res vi possessae;* coisas pertencentes a incapazes) As próprias coisas negocialmente inalienáveis podem ser adquiridas por usucapião.

O conceito de *habilis* minguou.

Os bens públicos, que são inalienáveis, são inusucapíveis (2.a Turma do Supremo Tribunal Federal, 18 de abril de 1989, *R. J. B.,* 44, 160, quanto a terrenos de marinha; 1.‘ Turma, 15 de dezembro de 1941, *3. do 8. 2*". 9., VIII, 78, 17 de junho de 1943, 7 de julho de 1943, 19, 31, que se referiu a —princípios equívocos do Código Civil‖, pois a respeito era divergente a jurisprudência, cf. 2.‘ Turma, 21 de setembro de 1943, 18, 28, e 17 de maio de 1946, e Supremo Tribunal Federal, 10 de maio de 1945, *A. J.,* 93, 19).

Para que haja usucapião é preciso que tenha havido posse própria, posse como de dono. A teoria da posse influi no conceito de posse para usucapir, porém apenas no sentido de se poder abstrair do *aniraus,* como do c *orpus,* quando as circunstâncias permitem que, sem aquele, ou sem esse, exista posse própria. Dai serem impertinentes

algumas caraeterizações do *aniraus domdfli,* que se encontram na jurisprudência *(e. g.,* 2.‘ Turma do Supremo Tribunal Federal, 12 de junho de 1942, *A. 3.,* 65, 800, *R. de D.,* 142, 221). É inconfundível com a boa fé o fato de ser própria a posse, isto é, a posse de dono (2.‘ Turma, 25 de abril de 1944, *A. 3.,* 71, 310). O ladrão tem posse própria (Juízo de Direito de Sete Lagoas, Minas Gerais, 9 de março de 1988, E. 9., 74, 829). Se a posse é a titulo precário não basta para a usucapião do domínio, não porque seja viciosa (erro da 2.‘ Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24

de maio de 1932, *E. dos T.,* 82, 544), mas porque seria insuficiente o suporte táctico: não se fez —própria‖.

A lei nova apanha a prescrição e a usucapião em curso. Os elementos do suporte fático da regra jurídica sobre prescrição, ou sobre usucapião, são os do dia em que vai terminar o prazo para prescrever a pretensão ou para se usucapir. Dai terem sido injustos os acórdãos da Corte Suprema, a 6 de setembro de 1985 *(A.* 3., 40, 528) e a 6 de setembro de 1936 (3., 10, 312), onde se disse só se começar de contar o prazo para a usucapião a despeito de má fé a 1.0 de janeiro de 1917, quando se iniciou a incidência do Código Civil, por ser estranha ao direito anterior tal causa de usucapir. Certo, a Corte de Apelação do Distrito Federal, a 24 de julho de 1924, e o Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, a 18 de janeiro de 1943 (E. *dos* 2‘., 147, 718, E. 9., 94, 530). Sem razão, a 1.‘ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 25 de abril de 1944 (99, 470); com razão, a 13 Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 16 de outubro de 1941 (89, 224).

2.A USUCAPIÃO NO CÓDIGO CIVEL. *(a)* —Aquele que, por trinta anos‖, diz-se no Código Civil, art. 550, —sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de titulo e boa fé, que, em tal caso, se presumem; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no registro de imóveis‖. *(b)* —Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por dez anos entre presentes, ou vinte entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo titulo e boa fé‖ (Código Civil, artigo 550). A regra jurídica da Novela 119, Capítulo 8, que mandou contarem-se a mais os anos aliás o tempo que aquele contra quem se dá a prescrição esteve ausente, também incide em se tratando de usucapião: se B esteve ausente três anos e A propõe ação de usucapião, com invocação do art. 551, tem de alegar posse de treze

anos. *(c)* —O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a do seu antecessor (art. 495), contanto que ambas sejam contínuas e pacificas‖ (Código Civil, art. 551). (d)‖As causas que obstam, suspendem, ou interrompem a prescrição, também se aplicam ao usucapião (art. 619, parágrafo único), assim como ao possuidor se estende o disposto quanto ao devedor‖.

Devem-se interpretar os arts. 550-553 do Código Civil como sendo o art. 551 abreviativo do tempo para usucapir; e não o art. 550 como dilatante. Uma das conseqüências é que vale a regra de que *a boa fé pode suceder à má. fé* (se cria ter adquirido o que possuía, de má fé, ao usucapiente, que passou a ter o elemento da boa fé, é dado invocar o art. 551). Quanto à boa fé, antes do direito filipino, prevalecia a regra *Mala uides superveniens non nocet.* Depois veio a Lei portuguêsa de 4 de fevereiro de 1584, que influiu na feitura da Ordenação do Livro IV, Título 3, § 1, e fora ditada pelas causas econômicas que haviam produzido a deturpação do velho instituto das XII Tábuas. (Aliás, restrita aos Romanos, a *usucapio* passara a ameaçar direitos dos proprietários negligentes, dentro do mesmo grupo populacional, —Romanos‖; e a parte mais poderosa exigiu a *boa fé.)* Em Portugal, a lei de 1534 coincidiu com os estremecimentos econômicos do século XVI. No sistema do Código Civil, levantou-se a questão de ser aplicável a regra romana sobre *Mala fides* ou a regra, também romana, depois canônica, *Mala lides superveniena nocet* (exige-se a boa fé durante os dez anos). CLOVIS BEVILÁQUA *(Código Civil comentado,* 3, 84) entendeu que a boa fé há de existir em todo o curso da usucapião. Com razão; advirta-se, porém, que não é pressuposto ter começado de boa fé boa fé pode sobrevir. Além disso, presume-se, o que inverte o ônus da prova. Tem-se de ter todo cuidado na leitura dos livros estrangeiros. Não se tem, por exemplo, no dito brasileiro, a presunção geral de boa fé, nem, tão-pouco, a regra *Mda fides superveniens non nocet.*

3.REQUISITOS DA USUCAPIÃO. (a) Requisitos da usucapião, nas espécies do art. 550: *a) posse* de trinta anos em prédio suscetível de ser usucapido; *O tempo* de trinta anos. Só há usucapião, independente de título e boa fé, findos os trinta anos. No art. 177, o Código Civil estabeleceu que a ação real prescreve em dez anos entre presentes e vinte entre ausentes. Os comentadores espantaram-se com o fato de prescrever a ação de reivindicação *antes* de alguém usucapir. —Seria uma pura impossibilidade lógica‖, escreveu um deles (VIRGILIO DE SÃ PEREIRA, *Manual,* VIII, 218),‖conceber o domínio sem a faculdade implícita de reivindicar a coisa sobre a qual ele se exerce‖.

De modo nenhum. Cessou a ação *real* que se liga à pretensão à restituição, tanto que as outras ações e exceções não cessam, inclusive esse proprietário, com pretensão à restituição e sem ação real (um dos casos de pretensão sem ação, *klagloser Ánspruch,* raros, mas encontráveis, cf. A. VON TUHR, *Der Alígemeine Teu,* 1,258-261), pode impedir que se profira a sentença do art. 550. No direito anterior ao Código Civil, MELO FREIRE viu o problema e sofismou, com evidente postergação do texto expresso das Ordenações sobre a ação pessoal do vendedor, que ficava (Livro IV, Titulo 3 § 1, *verbis* —até trinta anos cumpridos‖). Veja Tomo VI, § 648, 649 e 678, A construção, em bom método de interpretação, teria sido: usucapião, trinta anos; pretensão à restituição, trinta anos; ação de reivindicação ou outra ação real, entre ausentes, vinte, ou, entre presentes, dez anos. Não viram os juristas a diferença entre *pretensão* e *ação,* e só ficaram atentos ao problema da usucapião de dez e de vinte anos e à ação real (MELO

FREIRE, *Institutiofles,* III, 80: —Legem scriptam, quam sciam, nulíam habemus, quae tempus in mobiltum rerum praescriptione definiat... In rerum quoque immobilium usucapione tempus definitum expresse non est; definitum autem exstat ab Alphonso V, in praescriptiOne actipnum in rem, Ord. Lib. 4, t. 49... Et ex hac Ordinatione. . .

1actiones, cum ex iure in re nascantur, iura rerum sequuntur ad invicem, et, e durante, durant. et, exstincto, extinguuntur‖) . O jurista português estava certo em afirmar que, nascendo o direitp do usucapiente, se extinguia o do proprietário *(Duorurd in solidum dominium esse nou* posse) ; mas errava em exigir que, extinguindo-se a ação real, ou o próprio direito, tivesse —alguém‖ de usucapir. LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 175) tratou separadamente dos dois institutos, sem descobrir a diferença causada na situação jurídica do proprietário entre a prescrição da ação real e a aquisição originária por outrem (usucapião). Apenas, à pág. 209, nota 1, sentiu-se —intrigado‖ com o assunto.

(b)Quanto à usucapião do art. 551 do Código Civil, os pressupostos são: *a) posse* contínua e incontestada (tranqúila, e não —incontestável‖, pois o termo no art. 551 significa —mansa e pacífica‖) *; b) justo titulo,* quer dizer, título de direito, como o contrato de compra-e-venda, com acordo de transmissão, testamento, sentenças, compra dos direitos possessórios como se direitos de dono *(aliter,* a ocupação putativa; sem razão, LAFAIETE RODRIGUES

PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 185) ; *c) boa fé; d) tempo* de dez ou vinte anos.

A questão do erro de direito como fundamento para a anulabilidade, questão a que se há de responder negatívamente, é a questão do erro de direito como fundamento da boa fé na usucapião. O erro de direito, que consiste em se crer existir o título e não existir (titulo putativo), ou em se crer que se adquiriu a coisa sem se ter adquirido, a despeito de existir o titulo e ser eficaz, exceto quanto à transmissão, mostra que se há de ter o maximo cuidado em se adiantar qualquer frase em tal assunto. Se o titulo putativo basta ao suporte fático da usucapião, pode-se pensar em enunciado sobre a suficiência do erro de direito; se não basta, claro está que o erro entra, apenas, para se dizer que o possuidor, com justo título de proprietário, *sem no ser,* se cria proprietário.

No direito romano, pode-se remontar a PRÓCULO, para a admissão do elemento boa fé; naturalmente, exceto se a coisa é inusucapível (Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest; cf. L. 24, D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 8)

A tradição do direito brasileiro é a de se não admitir o erro de direito como elemento da boa fé para usucapir. Na L.

4, D., *de juris et facti ignorantia,* 22, 6, POMPÔNIO enunciou: —luris ignorantiam in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat‖ (Nega-se que a ignorância de direito aproveite na usucapião: em verdade, está-se de acordo em que a ignorância do fato aproveita).

4.SE O ART. 490, PARÁGRAFO ÚNICO, INCIDE EM MATÉRIA DE USUCAPIÃO. A questão, *de jure condendo,* é mais larga:

a) tHá, no sistema jurídico brasileiro, o principio **Quisquis praesnanitur bonus,* com a consequência geral de tocar a quem alega a má fé o ônus da prova? *b)* Se p sistema jurídico, em matéria de posse *ad interdicta,* estabelece a presunção da boa fé, a tal regra jurídica se estende à usucapião? *e)* Se não há *a),* nem 19, ~regra jurídica como a do art. 490, parágrafo único, pode ser estendida à usucapião? Não há, no sistema jurídico brasileiro, o principio de que se trata em *a).* Nem há o de *,* porque, se houvesse a regra jurídica, a que aí se alude, não se precisaria do art. 490, parágrafo único, *menos extenso.* O art. 490, parágrafo único, só estabelece a presunção de boa fé se há o justo titulo e se as circunstâncias ou a lei não pré-afastaram a presunção: —O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção‖. Para o direito romano, diz-se que as relações inter-

humanas eram tidas como de boa fé e, em conseqtência, não se precisaria provar a boa fé do usucapiente (O. G. von WÁCHTER, *Die* bona fides, 45; R. vON JIIERING, *Der Resitzwifle,* 160; H. DERNBURG, *Pan delcten,* 1, ~ ed., 875). Mas certo estava B. WINDSCHEID *(Lekrbtwk,* 1, 9~a ed., 920).

Afirmava LAFAIETE RonaIGyns PEREIRA *(Direi,. to das Coisas,* 1, 189) que, havendo justo titulo, a boa fé se presume, ainda em matéria de usucapião; e citou MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Fasciculo de Dissertações,* 1, 187). A presunção *juris tantum* é de invocar-se, mas somente em se tratando de justo titulo.

§ 1.193. Suspensão e interrupção do prazo de usucapião

1.REMISSIÃO ÁS REGRAS JURÍDICAS SOBRE PRESCRIÇÃO. Diz o art. 558: —As causas que obstam, suspendem, ou interrompem a prescrição, também se aplicam ao usucapião (artigo 619, parágrafo único), assim como ao possuidor se estende o disposto quanto ao devedor‖.

2.SUSPENSÃO. O art. 168, lido a respeito de posse para usucapião (arts. 553 e 619, parágrafo único), dá-nos: *a)* O cônjuge, durante a sociedade conjugal, não conta tempo para usucapir: o tempo que antes correu, ou o que correu entre a cessação da sociedade conjugal e a sentença do juiz que homologue a reconciliação (art. 328), não se conta; cessando a sociedade conjugal, inicia-se ou inicia-se a contagem do prazo para usucapião. *b)* Durante o pátrio poder ocorre o mesmo: o pai ou mãe, titular do pátrio poder, não tem posse *ad usucapionem;* se a tinha antes de assumir o pátrio poder suspende-se o curso do prazo; se não a tinha, não se inicia.

e) Há-se de raciocinar do mesmo modo em se tratando de tutelados e curatelados, durante a tigela, ou curatela.

Também o filho sob pátrio poder, o tutelado ou curatelado não tem posse *ad usucapionem* contra o titular do pátrio poder, o tutor ou o curador, porque seria admitir-se que alguém exercesse posse contra si-mesmo; salvo se está em causa bem não administrado pelo titular do pátrio poder, tutor ou curador (artigo 891). *d)* O credor pignoratício, o mandatário, o depositante e as outras pessoas que tem dever de restituição não tem posse ad *usucapionem,* salvo se o dever de guarda cessou, como se o credor pignoratício passou a possuir como adquirente (não basta estar prescrita a divida, porque prescrição não extingue divida, nem dever de guarda; sem razão, ALMEIDA

OLIVEIRA, *Á*

Prescrição, 250, nota 5).

O art. 169 incide em matéria de usucapião, por força dos arte. 558 e 619, parágrafo único. Se a posse começou durante a incapacidade absoluta, não se inicia o prazo para usucapião. Se *já* existia antes da incapacidade absoluta, suspende-se o curso do prazo para se usucapir contra o absolutamente incapaz (art. 169, 1). Porém, se o absolutamente incapaz tinha posse, ou veio a tê-la, continua a correr, ou se inicia a seu favor o prazo para usucapir.

Dá-se o mesmo quanto aos ausentes do Brasil em serviço público da União, dos Estados membros, ou dos Municípios, e quanto aos que se acharem em serviço na armada, na aeronáutica ou no exército nacionais, em tempo de guerra (art. 169, II e III).

3.AS TAUTOLOGLAS DO ART. 170. O art. 170 não contem regras jurídicas de suspensão. Apenas explicita, tautologicamente, que, pendendo condição suspensiva, ou não estando vencido o prazo, ou pendendo ação de que possa resultar evição, não *começa* de correr o prazo de prescrição. Em nenhum dessas espécies há pretensão que possa prescrever; não pensar-se em suspensão, pois que ainda não se iniciou, nem em curso de prazo de prescrição *nondum nata.* Aliás, também não se inicia o prazo de usucapião se há condição resolutiva, ou termo resolutivo, pois que, enquanto não ocorre o fato, que faz cessar o titulo à posse, não se pode pensar em posse de coisa alheia, que se possa usucapir. É preciso que o possuidor, que possuia sob condição resolutiva, ou a termo resolutivo, se ═torne sem direito à posse da coisa, como proprietário, e continue de possuir, ou passe a possuir a coisa a outro titulo, para que se inicie o prazo para a usucapião. Se pende ação contra o possuidor, de que resultaria evicção, ou a execução da sentença lhe tira a posse, e não há pensar-se em contagem do tempo passado, ou não lha tira, porque não foi favorável ao autor, e não há cogitar-se do art. 170, III, ou a sentença foi favorável porém não se executou. Nessa última espécie, a data, em que poderia ser executada a sentença e não no foi, é a do inicio da prescrição da pretensão à execução e da posse *ad usucapionem* do adquirente ameaçado de evicção.

4.INTERRUPÇÃO. O art. 172 incide em matéria de usucapião, por forca dos arte. 558 e 619, parágrafo único. A espécie mais vulgar de interrupção é a perda da posse, porque os arts. 550, 551, 618 e 619

somente admitem como elemento do suporte fático das suas regras jurídicas a posse continua (ininterrupta). Fora daí, interrompe o curso do prazo prescripcional a citação. Mas a citação somente interrompe se a ação possessória ou petitória vem a ser julgada procedente.

Os arts. 553 e 619 (implicitamente, os arts. 554 e 619) aludem à não-oposição de alguém à posse. De modo que a oposição tira à posse a qualidade de elemento do suporte fático para a incidência daquelas regras jurídicas. É o requisito da pacificidade. Mas é preciso que exclua a posse.

Quanto ao reconhecimento, se foi no plano puramente consensual, não interrompe; o reconhecimento que interrompe é o que *seria* bastante, se fosse constitutivo, a transferir a posse.

Enquanto há composse (comunhão na posse), não pode haver curso de tempo para usucapir o todo, posto que cada com possuidor possa alegar usucapião da parte indivisa. (Foi isso o que teria de dizer a Câmara Civil do Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 25 de setembro de 1929, *R. F.,* 54, 814, que usou de expressões inadequadas e suscetíveis de interpretação errônea: —A prescrição não cone entre súcios ou condôminos enquanto eles se consideram em comunhão. Pouco importa que só um dos condôminos tenha a coisa ou parte dela em seu poder e a desfrute sozinho, desde que ele não conteste, ou desconheça o direito dos demais sóctos. Só depois que um dos súcios exclua os outros, e, contestando ou desconhecendo a comunhão, se torne o único e exclusivo possuidor da coisa, ou de qualquer de suas partes fisicamente determinada, é que começa a correr em seu favor a prescrição‖.) A 1.~ Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 22 de dezembro de 1942 *(R. F.,* 94, 107), viu-o com certa exatidão: —Se a posse exclusiva do condômino se perpetua por lapso superior a trinta anos, seja ou não acompanhada de boa fé, pode servir de base para a ação de usucapião. A posse exclusiva do condômino pode recair sobre a totalidade da coisa ou sobre uma parte material dela. A prescrição pode, pois, ser total ou parcial‖. Mas acrescentou: —Em tais casos, porém, a aquisição da propriedade só poderá provir de usucapião extraordinária, não da ordinária, por faltar ao condômino os requisitos do justo título e da boa fé‖, o que não se pode admitir *a ~priori:* o condômino com posse do todo pode ignorar que é condômino, e o condômino, com posse de parte em comum com O, pode ignorar que é condômino com A. A 8~a Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 8 de julho de 1947 *(R. 9.,* 114, 445), decidiu: —Só quando a ação seja movida contra os outros condôminos, com alegação de haver cessado, de fato, a composse, estabelecendo-se, assim, a posse exclusiva do autor por mais de trinta

anos, com os demais requisitos legais, é que é possível o usucapião. Em tal caso já não se trata de composse, mas da posse do todo por um só condômino, que passou a ter a coisa como sua, com a exclusão dos outros. A razão disso é clara, compreende-se que a comunhão, nesses casos, embora existindo de direito, deixou de existir de fato, e desde esse momento começa a correr a prescrição. Mas, ainda é de notar-se, o só fato da posse passar a ser exercida por um só dos condôminos não denota da parte dele o ânimo de ter a coisa como exclusivamente sua. Faz-se mister também que a sua posição de possuIdor *pio suo* se caracterize por uma série de atos indicativos daquele ânimo, pois, na sua dúvida, sempre se presume que tais atos são praticados em nome de todos, o que implica a precariedade de sua posse, insuscetivel, destarte, de ser usucapida‖. Também a 1.8 Câmara, a 25 de maio de 1948: —É indubitável que o condômino pode adquirir, por meio de usucapião extraordinária, a parte do imóvel comum que tenha possuído, mansa e pacificamente, por mais de trinta anos, sem poderem os demais consortes alegar, contra ele, o estado de indivisão da coisa‖.

Quanto à extensão da eficácia da interrupção, cumpre advertir-se em que a posse, acontecimento do mundo fático, é *erga omnes* (L. 5, D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 8). A citação na ação de reivindicação interrompe, salvo se foi nula por vicio de forma (exceto por incompetência de juízo), se —perempta a instância, ou a ação‖ (art.

175), cabendo aqui o que expusemos no Tomo VI, a propósito de interrupção da prescrição, ou se o autor desiste da ação, ou se a ação é afinal julgada improcedente. A petição inepta não dá ensejo a citação que interrompa (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Notas de uso prático,* III, 198), mas, no sistema do Código de Processo Civil, art. 201, VI, se não houve o indeferimento da petição (art. 160), a espécie é de absolvição de instância (perempção da instância). Se o que está em curso de usucapir reconhece o direito de outrem e nega a própria posse, em verdade se depôs da posse (= deixou de possuir, LUIS LIMA, *Commentaria ad Ordinationem. Regni Portugaliae,* Livro IV, Título 79, § 1, n. 14). Se o reconhecimento foi posterior, é inoperante, salvo como negócio jurídico com efeitos obrigacionais *ex tune.* A interrupção chamada civil (= toda interrupção que não seja a da retirada da posse, ou da perda da posse) só opera, de regra, a favor do que provocou a interrupção.

O protesto, não intimado, não basta a suspender, ainda que ausente o possuidor. Notificado, pessoalmente ou por edital, interrompe o curso da usucapião, se sobrevém a ação petitéria, ou possessória; portanto,

se feito como medida cautelar preparatória. A L. 2, O., *de annati excecptione,* 7, 40, atendia à ausência de alguém e à necessidade de se propor ação sem que possível fosse pelo ausente, permitindo que o interessado se dirigisse ao presidente da província para deduzir o que tem a pleitear e interromper o tempo (interruptionem temporis facere), bastando isso *ad Wnissimam interraptionem.* Tal protesto já é obsoleto. A lei processual preve a citação dos ausentes e a propositura de ações contra eles. O protesto. notificado por edital, sem ser como medida cautelar preparatória (aliás melhor substituida pela citação, desde logo), pode interromper; o outro sÓ diz respeito às ações do protestante, *e. g.,* a ação de reivindicação, e a usucapião pode dar-se sem que haja prescrito a ação de reivindicação.

As citações, nas medidas cautelares, que atinjam a posse, interrompem nas mesmas circunstâncias o curso do tempo para usucapião em que interromperiam a prescrição sem que o interessado embargue de terceiro. LAFAIETE

RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 198) não via eficácia interruptiva no arresto e na penhora (medida executiva). Quanto ao arresto, nada tem com a posse, porque se arrestam bens do devedor, salvo se teria de embargar o possuidor como terceiro.

Mas há medidas cautelares que dizem com a posse, como o seqüestro. A penhora, início de execução, não pode interromper, salvo se faz a penhora como se o bem fosse de outro e aquele a favor de quem está a correr o prazo para usucapir não embarga de terceiro.

§ 1 . 194. —Successio usucapionem‖

1.MORTE E USUCAPIÃO. Morto o que está usucapindo, a situação, que ele tem, passa aos herdeiros. Tal instituto é o da *successio in. usucapionen,* que, a despeito de textos que falam de *accessio* em sentido amplo, que abrangeria a sucessão na usucapião, é instituto à parte. Inicialmente, a *accessio temporis* só se referia, *à longi temq,oris praescriptio.* Na L. 43, pr., D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3, é de PARINIANO que o herdeiro de quem de boa fé comprou coisa não a usucapirá sabendo que era alheia, se a ele mesmo se entregara a posse, mas a continuação não será impedida pela ciência do herdeiro (—continuatio vero non impedietur heredis scientia‖). Antes de adida a herança podia-se completar a usucapião começada para o defunto (L. 41, § 4, e L. 44, § 3).

Evitemos introduzir pensamento novo no direito romano. Se o herdeiro não assumia posse, havia *vaeuum tempus,* quer *ante aditam hereditatem,* quer *post aditam hereditatem.* Quem não possuia, por si só, não podia suceder na posse (cf. VENULEIO, na L. 15, § 1, D., *de diversis temporalibus praescription.ibus et de accessionibus posieÀsionurn,* 44, 3: nec ei, qul non possidet, auctoris possessio accedere potest‖; PAULO, na L. 16: —Accessio sino nostro tempore nobis prodesse non potest‖; e ULPIANO, na L. 13, § 12, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2: —Accessionis in eorum persona locum habent, qui habent propriam possessionem: ceterum accessio nemini proficit, nisi ei qui ipse possedit‖)

Com a morte do possuidor *ad usucapionem,* a situação do decujo pertencia ao herdeiro, se bem que não se transmitisse a posse mesma (cf. E. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes,* 7. ed., 44 e 324; H. DEENEURO, *Pandekten,* 1, 7. ed., 35; A. O. E. KOEPPEN, *Lehrbuck, 4,*" 53, H. FALE, *Der Einf lusa der Usurpation elites Nachiasses au)*" *die Rechtsverhitltnisse*

der Ersitzung, 9). Dai ter-se pensado em sucessão já no mundo jurídico

(e. g., na ação de usucapião, W.

HAMEAUX, *Die* Usacapio *und* longi temporis Praescriptio, 154; K. A. D. UNTERI{OLZNER, *Ãusfi2hrlice Entwicklung der gesamten Verftthrungslehre,* 1, 2. ed., 471): —possessio defuncti quasi iniunta descendit ad heredem‖ (L. 30, D., *ex quibus cuzusis maiores viginti quin que annis iii. integrum restituuntur,* 4, 6). Continua, disse-se nas Institutas (L. 12, 1., *de usucapionibus et longi tempo-ris possessionibus,* 2, 6) Em direito romano, a boa fé era pressuposto necessário da *accessio.* O mesmo principio incidia, quanto ao de cujo, na *successio in usucapionem:* o herdeiro havia de estar de boa fé (L. 11, D., *de diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum,* 44, 3; L. 11, C., *de adquirertda et retirtenda possessiOfle,* 7, 32; H. DERNEURO, *Partdekteit,* 1, 7□8 ed., 124 e 126; F. L. VON KELLEL *Partdekten,* 2.8 ed., 301; PAUL

MEYER, *Das Erbrecht,* 41); porém ao herdeiro não se exigia continuar de boa fé, o que bem mostra a diferença entre os dois institutos: o *Mala fides superver*"*Ãiens nocet* foi, ai, obra do direito canônico (Inocêncio III, em 1216)

—Quoniam omne, quod nou est ex fide, peccatum est; synodali iudicio diffinimus, ut null valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis. Cum generaliter ut omni constitutioni derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui pfaecribit, in nuila temporis parte rei habeat conscientiam alienae‖. As conseqüências quanto à *successio in usucapionern* foram evidentes (cf. W. HAMEAUX, *Die* Usucapio *und* longi temporis Praescriptio, 166; E.BÓCKING, *Pandekten, 4, 5~s* ed., 112): se o decujo estava de boa fé e o herdeiro de má fé, não mais se podia dar a usucapião; se de má fé o decujo e de boa fé o herdeiro, também não podia esse usucapir, porque recebia do decujo a viciosidade.

O *iustus titulus* também era pressuposto para a sw.,cessio *in usucapionem.* Aqui, surge diante de nós texto de PAULO (L. 2, § 16, D., *pro emrpt ore,* 41, 4), que merece interpretar-se: —Se comprei a casa ao louco, que acreditava estar em mente sã, sabe-se que, pela razão de utilidade (itttlittitta *Causa),* posso usucapir, pôsto que nenhuma a compra. E. por isso não me nasce ação de evicção, nem compete a ação publiciana, nem a acessão da posse‖. Com isso exprimiu PAULO que novo tempo para usucapião começa. Cria-se no *justus titzdus:* conta-se nôvo tempo; não há acessão da posse (cf. K. A. EX UNTERHOLZNER, *ÃusfUhrliche Entwicklung der gesamten Verjdhrungstehre,* 2? ed., 478; idem, C. C. VON DABELOW, *t7ber die Verjãhrung,* 4, 384). Quanto à sucessão a causa de morte, o *bonorum*

pos8essor e o fideicomissário universal eram tratados como os. herdeiros. O legatário estava para com o herdeiro na situação de sucessor singular (L. 14, § 1, D., *de usurpationibus et usucapioflibus,* 41, 3); bem assim o comprador da herança (H.Voss, *Die* Accessio possessionis *bei der Ersitzung,* 46 a.) No caso de restituição por mandado do juiz, se havia resolução, ou redibição, dava-se acessão, o de que adiante se há de falar, a propósito da L. 13, § 9, D., *de ad quirenda vel amittenda possessione,* 41, 2. O problema também surge a respeito da ação do herdeiro *(heredita.tis petitio).* Trata-se com os mesmos princípios da *accessio possessionis,* sem qualquer atenuação (II. DERNEURO, *Pandekten, 4,* 7? ed., 126; H. FALE, *Der Einfluss der Usurpation eines Nachiasses au)*" *dia Rechtsverhdttnisse der Ersitzung,* 34 s.; C. WILCKE, *Die Wirkungen der Usurpation eines Nachiasses auf die Rechtsverhtiltnisse der Ersitzung,* 16 e 24). JAVOLENO, na L. 20, D., *de usurpationibus et usuca.pionibus,* 41, 3, disse que a posse do testador favorece ao herdeiro se a coisa não foi possuída por alguém no intervalo (Possessio testatoris ita heredi procedit, si medio tempore a nuílo possessa est) 2.SUCESSIO UNIVERSAL ENTRE vivos. Quanto ao sucessor universal entre vivos, inseria-se ele na relação de usucapião do antecessor, na *condicio usucapiendi,* mas foi demasiado viva a expressão de A. VON SCEEURL

(Beitrdge, 4, 22 e 90) quando o justificou com a própria natureza da —propriedade a vir‖ *(werdendes Ligentum).* O

requisito da boa fé, se, sem Me, não se usucapiria, tinha de ser satisfeito pelo antecessor e pelo sucessor (L. 11, D., *de diversis tem poribus praescriptionibus et de accessionibus possessionum,* 44, 3; L. 3, O., *com munia de usucapionibus, „7,* 30; L. 11, O., *de adquirenda et retinenda possessione,* 7, 32). Era preciso, e é hoje, que não tivesse havido entre as duas posses a de outrem (L. 20, D., *(La usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3); mas computava-se o tempo em que ninguém houvesse possuido (L. 31, § 5, D., 41, 3): —Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit‖).

3.—SUCCESSIO IN USUCAPIONEM‖, NO DIREITO BRASILEIRO.

No sistema jurídico brasileiro, o art. 1.572 tem outra inspiração que a romana; e outras são as conseqüências.

Princípios que eram comuns, em direito romano, *à successio iii usuca pio-nem* e *à accessio possessionis* não podem ser invocados, como o —Ei, qui non possidet, auctoris possessio accedere non potest‖, ou —Accessio sine nostro tempore nobis prodesse npn potest‖. A posse

mesma vai ao herdeiro sem Me precisar de assumi-la: a transmissão é *ex lege.* De modo que, se o morto a tinha no momento da morte, o herdeiro a tem. Somente não a tem, se lha tomaram após a morte do decujo. O herdeiro não precisa, sequer, conhecer a sucessão; nem saber se possui em nome próprio, ou se possui. Pode mesmo vir a usucapir sem nunca ter sabido da sucessão, ou da posse. É

óbvio que o tempo do antecessor só se conta se era apto à usucapião. Se a posse era de má fé, somente pode servir à aquisição por usucapião trintenal. Mas o herdeiro de boa fé pode iniciar novo cômputo de tempo. Assim, se o decujo possuia havia mais de dez anos, de má fé, o herdeiro, se de má fé, precisa completar os trinta anos; se de boa *fé,* há de iniciar e perfazer o decênio, entre presentes, ou o vintênio, entre ausentes, mas só se possuia por *outro* título.

§ 1.195. —Accessio possessionis‖

1.POSSE E ACESSÃO PRETÓRIA., O Pretor concedia o interdito *utrubi,* só referente a móveis, a quem por mais tempo houvesse possuido, dentro do ano, a coisa. Interdito dúplice, como o interdito nu *possidetis.* Proibitório, que se dirigia ao que não possuiu, ou possuiu *iniuste ab adversario,* ou *juste ab adversario* mas por menos tempo. Essa apreciação do tempo, rudimentar, superficial e defeituosa, podia levar a soluções injustas, como se muito recente a posse *ex instissima causa* do interessado, a que só se deixava, depois, a ação oriunda do negócio jurídico (L. 11, §

13, D., *de actionibus empti venditi,* 19, 1). A *accessio possessionis* permitia que ele juntasse a sua posse à da pessoa de quem houve a coisa, para se determinar a *maior pars anni,* o que obviava a alguns dos inconvenientes da proteção pretória do interdito -*utrubi.* A *accessio possessionis* dependia de cláusula *de accessione,* que o Pretor introduzisse.

2.—ACCESSIO POSSESSIONIS‖, FORA DA PROTEÇÃO DA POSSE.

Para a usucapião tanto se pode dar sucessão quanto acessão da posse. O sucessor singular iniciava nova usucapião; de modo que na sua pessoa haviam de concorrer os pressupostos para a usucapião, especialmente a boa fé (L. 2, §

17, D., *pro emptore,* 41, 4; quanto à *longi temporis praescriptio,* L. única, O., *de usucapione trans formanda,* 7, 31).

A princípio limitada a casos de compra e venda, Justiniano

generalizou a acessão para a usucapião (§ 13,]7., *de usucapionibus,* 2, 6; cf. L. 2, § 20, D., *pro emptore,* 41,4). Não importava quanto aos predecessores. Se algum desses fora de má fé, a usucapião iniciava-se, com boa fé, para o sucessor.

Deve-se, portanto, ao direito romano a concepção de suporte fático da usucapião em que as posses se juntam, no tempo *(accessio tem-poria),* acedendo as mais recentes às mais antigas, de modo que se unifique no sucessor a pluralidade das posses para se compor o elemento-posse que é necessário ao suporte fático de qualquer usucapião.

Justiniano pusera em termos explícitos a teoria da *accessio possessionis* na usucapião (A. DENZIGER, *Die* Accessio possessionis *nach dem rómischen und Icanonischen Recht,* 43), ultimando a construção do instituto. Na *accessio possessionis* viu A. VON VANGEEOW *(Lehrbueh, 4,* 7? ed., 600) a teoria do direito do possuidor a contar, a seu proveito, a posse do antecessor, ou dos antecessores; K.E. VON REINHARDT *(Die* Usucapio *und* Praescriptio *des rõmischen Rechts,* 165), incremento e cômputo do tempo de posse do predecessor na posse que se tem. Não se confundia com a *successio in possessionem,* a que os Romanos chegavam através da concepção, que era a sua, da continuação da pessoa do defunto (L. 43, pr., D., *de usurpationibua et usucapionibeta,* 41, 3; L. 30, pr., D., *ez quibua caus,is maiores viginti Qetin que annis in integrum restituuntur,* 4, 6; L. 2, § 39, D., *no emptore,* 41, fl. A *auceessio* não é *accessio. É* mais. As posses, na sucessão, ficam como se só uma fossem e uma só as pessoas dos sucessores e sucedidos (X. SaL, *Rómiache Lehre des Eigentums,* 221). Frisaram tratar-se de dois institutos *(accessio possessiottU, successio ir& usncctpiofltflt),* ao invés de duas espécies de aecessto possessionis, A. C. F. KOEPPEN *(Lehrbucil,* 1, 58: —não incidem em se tratando de *successzo tn usucapionem* as regras da *accessio possessionis*"*9,* K. SaL *(Rõmiatke Lehre des Eigelttums,* 226 s.) e E. BÕCKING *(Pandektelt, 1,* 5.a ed., 118 s.); contra, E. WINDSCIIEID *(Lehrbuch,* 1, 8? ed., 824, 8? ed., 930), F.

VON SAVIGNY *(Das Recht des Besitzes,* 7,8 ed., 574), SCHMIDT *(De accessiofle possessioitit,* 33 e 49), e H.

VOES *(Die* Accessio possessionis *bei der Ersttzuflg,* 20 s.).

Na sucessão singular, era preciso que o *auctor* fosse de boa fé, para que se pudesse dar a usucapião, e que o sucessor mesmo o fosse. Se isso não ocorria, a posse do sucessor singular era *outra* posse, começava outro *tentpus* para usucapir. Ocorrendo estarem de boa fé predecessor e sucessor singular, dava-se a *accessio possessio)tis* (A.

DENZIGER, *Dze* Accessio possessionis, 188; A. vON VANGEROW, *Lehrbuch,* 1, 7? ed., 610; II. VosE, *Die* Accessio possessioflis *bei der Ersitzung,* 42 sj. A má fé em que se achava o *auctor* de modo nenhum manchava a posse *bona fide* do sucessor (PAULO, na L. 2, § 17, 1)., *pro emptore,* 41, 4).

O *justua titulus* eia outro pressuposto necessário da *accesaio possCsatOfltS na* usucapião. Já o vimos antes. Também se dava a acessão da posse se o juiz restituia a coisa, em ação pessoal, como a redibitória, ou a resolutória (L. 13, §§

2 e 9, D., *de adquirenda*‟ *vel atnitte,tda vossesaiolte,* 41, 2; A. DENZICER, *Pie* Accessio possessionis, 114, que também incluia as ações reais H. FÃLK, *Der Einf luas der Usucapton entes NachtasS au! die RechtsverMltflitse bei der rsitzifltg,* 35; O. WILCKE, *Pie Wirkung der ilsurpatiofl,* 28). Nas ações reais em que se pede a posse que se não tinha, ~se lapso não pode ser contado, mesmo porque se pediu por não se ter. A usucapião não se funda em direito à posse, mas em posse. Assim, na lã. 13, § 9, D., *de adquirenda veZ araittendti poasessiofle,* 41, 2, ULPIANO diz: se a coisa me foi restituida por mandado do juiz, assentou-se que se me dá acessão (... si iussu judicis res mliii restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit) . Na L. 13, § 2, já ULPIANO se referia à disputa entre se permitir a acessão em caso de resolu$o ou de redibição.

3.—ACCESSIO POSSESSIONIS‖ NA USUCAPLÁO, SEGUNDO O DIREITO BRASILEIRO. Tratando-se de direitos, uns são transmissiveis, outros não. Tratando-se de posse, que é fato, e não direito, em verdade quem possuir depois de outrem possuí porque tem o poder fático e não porque o antecessor possuia. A posse pode aceder à posse de outrem, juntar-se a ela (artigo 496, 2.8 parte: —ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor‖; arts. 496, 1.‘ parte: —O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor‖) : a transmissão é excepcional ejá significa que a vida se amoldou fundamentalmente ao direito (arts. 495: —A posse transmite-Se com os mesmos caracteres aos herdeiros e legatários do possifidor‖; art. 1.572). Os arts. 1.572, 495 e 496 são assaz relevantes em matéria de usucapião.

Para a acessão da posse, é preciso que o que a alega tenha posse: —Ei, qui non possidet, auctoris possessio accedere non potest‖; —Accessio sine nostro tempore nobis prodesse non potest‖; —Accessio nemini

proficit ei, qul non possedit‖. O que não possui não pode aceder à posse de outrem. Se não temos tempo nosso para aceder ao de outrem não podemos pensar em acessão. Acessão não aproveita a quem não possui. Acede à posse de outrem a posse que se tem, se se sucedeu ao predecessor. Se falta posse, no intervalo, não há cogitar-se de acessão: —si medius aliquis ex auctoribus non possederit, praecedentium auctorum possessio non proderit, quia coniuncta non est‖ (VENULEIO, lã. 15, § 1, D., *de divertis temporalibus praeseriptionibua et de accessionibi.t5 poasestioittwt, 44,* 8). A acessão ocorre não só pelo tempo em que a coisa estêve em poder daquele de que alguém a comprou como também pelo tempo em que estêve em poder de quem vendeu à pessoa a quem compraste. Mas, se alguém dentre os predecessores (medius aliquis ex auctoribus) não houver possuido, não aproveitará a posse dos autores anteriores, pois que não está conjunta, como também não pode aceder à posse do predecessor quem não possui.

O sucessor universal entre vivos não tem, boi e, a saisina, nem escapava, em direito romano, às regras sobre a accessto *poasessionia.*

Se o possuidor posterior não é sucessor universal, nem singular, não há pensar-se em qualquer *succeasio in usucaptonem,* nem em *accessio possessionis.* A usucapião tem de iniciar-se. O possuidor da herança, que não é herdeiro, ou foi, afinal, excluído da herança, somente conta para usucapião o tempo da sua posse. É de discutir-se se, estando de boa fé, usucape antes de prescrever a pretensão do herdeiro à herança, que é de trinta anos. A verdadeira opinião, *de lege ferenda,* está contra a solução alemã (Código Civil alemão, § 2.026) o possuidor da herança só não usucape perante o herdeiro. Note-se a artificialidade da solução técnica, com essa esporádica propriedade relativa. P. OERTMANN (Das Problem der relativen Rechtszustãndigkeit, *Jherings Jahrbitcker,* 66, 289 s.) procurou interpretar o § 2.026 (recorrendo ao princípio de sub-rogação). Alguns, como Fa.

LEONHARD *(Erbrecht,* 160) e F. ENDEMANN *(Lehrbuch,* III, 2, ~ ed., 1159 e 1184) excluem a aquisição pelo possuidor. Outros *(e. g.,* TH. KLPP, *Lehrbuch,* V, § 70, II) frisam que tudo se havia de passar no plano do direito das obrigações, porém o § 2.026 foi mais longe.

Em vez disso, MOSSE *(Die Bildung voit Legalgriffen,* 19), pensou na propriedade dupla, que existe, lá fora, quanto aos dois; e Ii. SCHACHIAN *(fie relative Unwirkaamkeit,* 196) em propriedade relativamente ineficaz, o que mais se ajusta aos princípios (o possuidor adquire a propriedade frente a todos, porém não pode essa ter eficácia quanto ao herdeiro).

No direito romano, a usucapião *pro herede* não beneficiava o possuidor da herança frente aos herdeiros (GAIO, II, 57:—... et ideo potest heres ab eo qui rem usucepit hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset‖). Cf. L. 1, pr., D., *quorum bonorum,* 43, 2.

No direito brasileiro, não há regra semelhdnte à do Código Civil alemão, § 2.026, nem recebemos a solução romana, que era quase a mesma; a usucapião pode dar-se sem ter corrido todo o prazo para prescrever a pretensão à herança.

§ 1.196. Pressupostos da usucapião por tempo longo

1.CONTEÚDO DO ART. 550 DO CÓDIGO CIVIL. Quando o Código Civil, no art. 550, diz que, com a posse de trinta anos, seadquire o domínio, independentemente de título e de boa fé, estabeleceu ser suporte fático suficiente o suporte em que haja pessoa que possa usucapir, coisa usucapível ═e posse de dono durante trinta anos. De modo nenhum aludiu a presunção de boa fé, ou quejandos elementos subjetivos. Dispensou-se, não se presumiu. Por isso, foi incorreto o acórdão da Câmara Civil da Côrte de Apelação de Minas Gerais, a 18 de maio de 1937 *(R. F.,* 71, 135), que aventurou: —As Ordenações exigiam, no caso, a boa fé. É certo que, em se tratando de prescrição de trinta anos, a boa fé era presumida. Mas aqui se tratava de presunção simples *legis tantum,* que admite prova em contrário.

De resto, a presunção de que se trata sempre existe em matéria de posse. A boa fé sempre se presume. A quem a contesta, incumbe o ônus da prova‖. Primeiro, não é verdade que a boa *fé,* aí, se presuma. Segundo, nenhuma presunção há no art. 550. Terceiro, admitir, na ação de usucapião por posse trintenal, prova de má fé é heresia jurídica. O erro de apontar-se no art. 550 regra jurídica de presunção tem-se repetido (Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 2 de março de 1989, R. F., 77, 529; 32 Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, 4 de dezembro de 1936, que falou, até, de presunção *iuris tantum).*

2. USUCAPIÃO E PRESCRIÇÃO. O cômputo do prazo prescripcional, para os reais, é pelo dôbro, durante a ausência do titular. Pergunta-se: se está ausente algum interessado em que se não declare a usucapião por parte de alguém, como se é o que do registro de imóvel consta como dono, contam-se por dois anos cada ano de ausência?

Sim; porém não em virtude de remissão à prescrição, pois a remissão, que há, no art. 553, é só à suspensão e à interrupção, e sim em virtude do art. 551, que trata da usucapião com boa fé. A usucapião após trinta anos nada tem com essa diferença de extensão do prazo para se usucapir. Somente quanto à usucapião em cujo suporte fático se exige o elemento de boa fé é que se atende à presença ou ausência do interessado. O tempo de ausência é contado pelo dobro. Se o interessado alega que possuiu em algum momento do trato de tempo findo o qual se poderia dar a usucapião, esse trato de tempo é relativo subjetivamente ao interessado (subjetividade passiva). Assim, se E diz que usucapiu e A, dono do prédio, esteve ausente dois anos e um mes, é preciso que B haja possuído, com os mais pressupostos do artigo 551, doze anos e um mês (cf. Supremo Tribunal Federal, 2 de dezembro de 1927, *Á.* 3%, VIII, 112). Veja Tomo VI, § 702.

§ 1.197. Pressupostos da usucapião por tempo breve

1.—TEMPUS‖, —BONA FILES‖, —TITULUS TUSTUS‖. A usucapião breve supõe posse, justo título, boa fé e tempo. De modo que a posse do usucapiente deve ter procedido de alguém, não dono, ou dono, que lhe deu o título.

Não importa que, ao dar o título, o autor tenha a posse, ou, sequer, a detenção: basta que, desde o momento em que se conta o tempo, tenha podido transferi-la ao usucapiente. O titulo há de ser, pelo menos, contemporâneo do inicio da posse. Se é posterior, somente se conta o tempo da posse e do título e da boa fé a partir do início do último elemento. O título é o negocia!, incluída a *datio in solutum,* de que provém o título *pro soluto,* ou o de direito hereditário.

2.—RES RABILIS‖. Objeto da usucapião é o objeto da posse. Tratando-se de usucapião breve, o titulo circunscreve-o: objeto da posse, com que se pode usucapir segundo os artigos 551 e 618, é o do título, enquanto nele cabe, e somente, em relação ao título, até onde ela vá. Portanto, o objeto da usucapião é o da posse até onde corresponda ao título; o objeto do título, até onde seja possuido (PAULO, li 2, § 6, D., *pro emptore,* 41, 4: —Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mibi pro eo traditus est‖). Donde ser de riscar-se, por inexato, o **Tantum praescrzptum quantum poasessum,* que só se pode referir à usucapião dos arts. 550 e 619.

3.BOA O usucapiente tem de alegar em juízo a boa fé. Não precisa prová-la, se invoca o art. 490, parágrafo único.

Se não foi alegada a boa fé, a petição é inepta (Código de Processo Civil, art. 160) ; se o juiz não a repeliu, pode o interessado provar a má fé, *ex abundantia,* porém não tem o ônus da prova. Se o usucapiente alegou o seu direito na ação de reivindicação, sem se dizer de boa fé, a despeito de invocar o art. 551 ou o art. 618, é de acolher-se o pedido de reivindicação.

A regra *Ohm possessor et hodie possessor, interea. possessor* nada tem com a boa fé. É regra de presunção *hominis:* se fui possuxdor outrora e hoje o sou, presume-se que o fui no intervalo. Não será de confundir-se com a regra

**Quisquia praesumitur bonita,* que não temos, e essa, sim, concerne à boa fé. Se posse em nome próprio existiu e hoje existe, presume-se ter existido no tempo intercalar. Não é, porém, no direito brasileiro, presunção *juris tantunv* (tem-na o Código Civil alemão, § 938). É apenas presunção *hominis* (com razão, a Câmara Civel do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 20 de julho de 1938, 1?. *F.,* 76, 333).

O herdeiro, que recebeu a posse de má fé, não pode alegar a sua boa fé, com eficácia *ex tune* (2.~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 2 de janeiro de 1948, 1?. *F.,* 119, 117:

—A prescrição ordinária requer a posse titulada e a boa fé, não só ao se iniciar a prescrição, mas em todo o decutso do tempo□. Embora para o herdeiro se dê, não a acessão de posse, mas a *successio in usucapionem,* não pode ser proveitosa àquele, para a prescrição ordinária, a posse que, sem boa fé, exercia seu autor‖). Porém isso não quer dizer que se não possa iniciar nôvo período, com a boa fé, que não se presume. Se não estava de boa fé, o prazo é de trinta anos, com a *accessio possessionis* (4.a Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 20 de fevereiro de 1945, *R. 9.,* 105, 313; 5□8 Câmara, 21 de novembro de 1941, 90, 429). Enquanto não se procede à partiIba ou *à* divisão, a herança (=os herdeiros) usucape o todo (Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de maio de 1931, *R. dos T.,* 79, 114: —O espólio, pelos co-herdeiros, embora cada um possuindo para si, pode adquirir por usucapião‖)

O erro de direito não pode ser invocado para a *bona i"ides* (PoMz'ONío, L. 4, D., *juria et facti ignorantia,* 22, 6:

—luris ignorantiam in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat‖; L. 32, § 1, D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3: —quia in iure erranti non procedat usucapio‖; L. 2, § 15, D., *pro empiore,* 41, 4: —non capies usu, quia furis error nuíli

prodest‖; PAULO, L. 31, pr., D., 41, 3:

—Numquam in usucapionibus iuris error possessori prodest‖. Se alguns juristas, no direito comum, trataram do título putativo e admitiram o erro de direito, foram vitimas de desconhecimento reinante sobre a natureza do erro de direito. As fontes são expressivas (cp. F. VON SAVIGNY, *S"yatem,* III, 334 s.; B. MÁGER, *Der Begrif* f *der* bona fides *bei der Eraitzuflg,* 85 s.).

4. JUSTO TITULO. O justo título deva ter existido ao longo de todo o prazo para a usucapião. Causa, sendo efeito a posse, somente influi enquanto existe, razão por que toda descontituição, que o atinge, torna insuficiente o suporte fático para a usucapião (anulação, rescisão, resolução, cf. L. 2, 13., *de in diem addictiotte,* 18, 2). Adquirida a propriedade pelo usucapiente, não mais importa a anulação, ou a rescisao, ou a resolução.

a)Se o título é nulo, não se pode pensar em usucapião breve. Se é nulo o título, não é justo. Quanto à propriedade mobiliária, o art. 622, parágrafo único, foi explícito em dizer que não transfere o domínio a tradição quando tiver por título ato nulo: se é anulável, dá-se a transferência. Se nulo, com ele, a tradição não transfere o domínio, nem basta ele à. usucapião breve (art. 618). Quanto à propriedade imobiliáris, ao titulo nulo nega-se registro e, sem o registro, não pode produzir o efeito que se lhe espera segundo o art. 551. Se, a despeito da nulidade, foi registrado, a questão se desloca: se a transcrição fez o registrado adquirir o domínio, não há pensar-se em usucapião pelo que é dono; se não teve tal eficácia, não há a considerar-se mais que o título em si, que é nulo. Aqui, não cabe discutir se as nulidades cuja decretação depende de sentença *(e. g.,* nulidade da escritura pública) hão de ser tratadas como as outras.

b) O art. 551, com o art. 618,‘ não distingue o título oneroso e.o. titulo gratuito. o tratamento jurídico é o mesmo. A diferença somente exsurge em se tratando de enriquecimento injustificado (art. 968 e parágrafo único). Nem se diga que, se a coisa é de outrem, a doação é nula, por ser a suidade *condicio jures.* Se a tradição se deu, ou se deu a transcrição, não só pode incidir o art. 622, 2.‘ parte, como se ter de tutelar a fé pública. A doação de coisa de outrem e o legado de coisa de outrem podem ser justo titulo. (A respeito é de observar-Se que a doutrina em tOrno do nOvo Código Civil italiano é de todo contrário à histórica, inclusive em relação ao art. 1.599 do Código Civil francês, cf.

C. BUFNOIR, *Proyriété et Gontr,* 2.‘ ed., 298.)

c)O título anulável não obsta à usucapião breve. É titulo eficaz, posto que desconstituível. Enquanto não se lhe decreta a anulação, produz efeitos; não se explicaria que não bastasse como *iusta causa usucapio.* Ao fim do prazo, o possuidor de boa fé adquire a propriedade, porque tem o título. Se, antes de se completar o prazo, advém a anulação do título, o possuIdor sofre as conseqüências de tal desconstituição *ex tune.* Quase sempre, a pretensão à anulação prescreve antes de se completar o prazo da usucapião.

d)Se o negócio jurídico de que provém o direito do autor é rescindível ou resolúvel, a rescisão ou resolução atinge o adquirente idôneo a usucapir, se operada antes.

e)Quanto à propriedade imobiliária, pão há aquisição sob condição suspensiva. De modo que se não poderia cogitar de aquisição. Aliás, quanto à propriedade imobiliária, durante o estado de pendência, não ~pode haver posse de boa fe, pois o possuidor reconhece a titularidade do alienante e a sua posse direta. Nem se poderia pensar em eficácia *ex time,* conceito do mundo jurídico, a propósito de situações possessórias que *jure ci*“*vili mutari non yoasunt,* por serem, apenas, conceitos do mundo fático.

O justo júbilo é o elemento fático, relativo, da usucapião; a posse e a boa fé são elementos fáticos absolutos, porque hão de existir *erga. omnes* (KMtL ADLml, Die Wirkungen des Rechtsirrthums, *Jherings .Tah.rbllcher,* 38, 181 s. e 187 s.). Se se considera o justo título apenas como elemento constitutivo da boa fé, tem-se de considerar a ambos como relativos. Não é essa a solução. A posse existe quando, fora da desconstituição do título, estaria excluída qualquer pretensão do transmitente ou seus sucessores à restituição da coisa; e, em relação ao *dominus,* se o transmitente não no era, sempre que o *dominus* tivesse de o tratar como possuidor de boa fé.

No estudo das relações entre o titulo e a boa fé, tem-se interpretado o suporte fático da usucapião breve como contendo *a)* justo título + posse de boa fé + tempo, ou *b)* justo título + posse + boa fé + tempo, ou *c)* justo título com boa fé + posse + tempo. A última é a mais velha, com F. VON SAVIGNT *(Suatem,* III, 369 s.) e B. WINDSCIIEID

(Lehrbuch, 1, 9~2 ed.. 921 s.). A primeira entronca-se em R. STINTZINC *(Das Weaen von* bons fides *und* titulus, 59 s.) e em C. O. BRUNS *(Das Wesen der* bona fides *bei der Ersitzung,* 96): o justo título

não produz a boa fé; a boa fé pode existir sem o justo titulo. A posse é que teria de ser de boa fé. Por isso, o art. 490, parágrafo único, incide em matéria de usucapião.

O título putativo, isto é, o crer-se que se adquiriu sem existir o titulo não basta *(aliter,* no direito romano, L. 11, D., *pro emptore,* 41, 4); e enganamo-nos LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 185) e eu *(Tratado de Direito Predial,* 1, 107). O Código Civil exige o título existente, que não haja transferido; não lhe basta o titulo *in ezistimiitiolte.* O titulo há de ser existente, posto que, para a constituição do direito real, ineficaz. Se não existe, não pode ser justo, não pode ser idôneo.

Justo título é a *justa causa,* a causa hábil à aquisição do domínio, em se tratando de usucapião do domínio.

Ocupação é titulo, tratando-se de bens móveis; não no é, tratando-se de bens imóveis (art. 580). A acessão, sim.

Quanto à exigência do registro da escritura de aquisição, isto é, da escritura em que há o acordo de transferência, e há de ser pública se o valor foi acima de dez mil cruzeiros (art. 134, II), fêda a 2.‘ Turma do Supremo Tribunal Federal, a 11 de novembro de 1947 *(Á.* .1., 86, 218), citando, a respeito, a LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* § 68). O que o autor disse foi que o ser transcrito no registro geral da comarca é —requisito tão-somente exigido para que possa prevalecer contra as hipotecas inscritas, constituídas no mesmo imóvel‖. Hipotecas ou outro direito real limitado, ou até alguma eficácia *erga. Ora rees* obtida em virtude de registro *(e. g.,* registro do negócio jurídico a que se refere o art. 1.197). Mais ainda: o autor, à nota 8, explicitou que —a prescrição fundada em título não registrado pode ser oposta e prevalece contra terceiros, exceto se forem credores por hipoteca inscrita, ou antes só não vale contra hipoteca inscrita‖. A 2.‘ Turma fugiu aos princípios e procurou apoiar-se em quem sustentou o contrário. O mesmo ocorreu na 2.‘ Turma, a 6 de julho de 1948 *(1?. 9.,* 122, 116) e no Tribunal de Justiça de Alagoas, a 22 de novembro de 1949 *(1?. de J. B.,* 77, 206). Por outro lado, a insistência em só se referir a usucapião do adquirido a *non domino* peca pela base: o título justo pode não ter transferido o domínio, embora o outorgante fosse dômino *(e. g.,* não havia morrido, como se supunha, a mulher do outorgante). Se a posse é de boa fé e houve transcrição do título, operou-se a transferência e, assim, patente é a superfetação da ação de usucapião: seria usucapir de si mesmo. Viu-o bem a Câmara Civil da Côrte de Apelação de Minas Gerais, a 11 de novembro de 1936 *(R.* 9., 69, 122): —A pretensão de ser dono pela usucapião descombina com o

titulo transcrito, pois a transcrição é também modo de adquirir a propriedade. E não se pode adquirir o já adquirido‖. É pena que o resto do acórdão transcreva, contraditàriamente, impensado trecho de CLÔVIS BEVILÁQUA (ainda como solução errada, a Câmara Cível do Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 17 de setembro de 1930, *.1?. 9.,* 55, 352, a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 10 de março de 1931, *R. dos T.,* 78, 112, e a 2.‘ Turma do Tribunal de Apelação de Pernambuco, a 22 de agasto de 1941, .4.. *1%* 10, 247). Em todas essas decisões contra direito desatende-se a que: *a)* se o titulo foi transcrito e *houve* boa fé, se transferiu a propriedade, portanto, é absurdo exigir-se para a usucapião título justo transcrito e boa fé; *b)* se tem confundido, na maioria dos acordãos, plano da existência e plano da eficácia, o que se exige é o *titulus habitEs ad dominium traresferendum,* e não o titulo que haja transferido (se transferiu, *toflitur quaeatio) ; c)* uma coisa é idoneidade a transferir e outra transferência, de modo que o possuidor que tem título hábil a transferir, isto é, que *pode* ser registrado, tem título hábil, justo título, título de acordo com a lei, legítimo; *d)* quando o Código Civil alemão, § 900, teve de adotar a usucapião tabular, procurou ser claro, porque se trata, em verdade, de outra instituição, *quando temos* (§ 900, 1.‘ —O que é inscrito no livro fundiário como proprietário de um imóvel, sem ter adquirido a propriedade, adquire a propriedade se a inscrição durou trinta anos e, durante esse tempo, teve posse própria sobre o imóvel‖), não se exige, na usucapião tabular, boa fé, e a instituição, estranha ao nosso direito, desenvolveu-se na Áustria e em Héssia. Orça pelo desvario querer-se introduzir tal instituição no direito brasileiro, remontando-se, *apenas,* a trecho de LAFAXETE RODRIGUES PEREIRA, que os repetidores não leram bem.

A 1.‘ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de fevereiro de 1949 *(R. dos T.,* 179, 291), feriu ponto delicado, ao aceitar, para servir de base à usucapião— A procuração em causa própria outorgada ao detentor do imóvel, mediante a qual adquiriu (?) ele, para si próprio, o domínio. A sua boa fé decorreu dessa procuração‖. Note-se bem: quem tem título de aquisição e ainda não foi registrado, pode usucapir, porque o título é hábil *ad dominium trans! erendum;* o que é outorgado de procuração em causa própria tem título para lançar título de aquisição, não, ainda, título de aquisição, a que só faltasse eficácia. Não lhe falta só a transcrição; falta-lhe o exercício da procura.

Seria titulo hábil de segundo grau (procuração em causa própria + negócio consigo mesmo = título hábil de primeiro grau) : se se exigisse a transcrição ao título hábil de primeiro grau, como, erradamente, se tem decidido, *a fortiori,* quanto ao titulo hábil de

segundo grau. Por ai se ve quão longe foi na definição de título justo a 1.ª Câmara. A situação é parecida com a que ocorre a respeito dos dois tempos na aquisição em hasta pública: ato de arrematação (cp. 4.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de abril de 1950, *R. dos T.,* 187, 128: —A sentença entende que a justa *causa yossessioflis* decorre do ato da arrematação, pela qual se operou a transferência da posse, e não da carta respectiva, ou de seu registro, verificado quase dois anos depois, acrescentando que, como aquele ato se tenha verificado em 15 de setembro de 1933, ao ser iniciada a ação já havia decorrido mais de onze anos‖). Ora, a arrematação considera-se perfeita e acabada com a assinatura do *auto de arrematar pio* (Código de Processo Civil, art. 976). O domínio não se transfere por ele; é preciso que se transcreva a carta de arrematação. A arrematação perfaz-se com a aceitação do lanço; acaba-se, formalmente, com o auto. Nem mesmo a carta de arrematação transfere o domínio, mas é o título do negócio jurídico, o *titulus factae auctioflis.* Após o auto, lançadores, executado e juiz não podem voltar atrás, *contra. propriuin factum.* O que há de particular, nesse modo de alienação, é a resolução, segundo o art. 978 e os arts. 978, § 8.0, o), e 979 do Código de Processo Civil. Há a embargabilidade, segundo o art. 1.009, II, e por terceiros, mas isso tem por consequência, ao vencer o embargante, desfazer-se o remate. Se nada sobreveio ao auto de arrematação, é transferente da posse, e hábil à extração da carta para ser registrada. O *titulus justus* é o auto de arrematação; a carta é a decisão, traslado do auto de arrematação *mais* os elementos históricos (art. 980, 1-1V), fiscais (art. 980, V) e contabilísticos (art. 980, VII), que a lei entende serem necessários à comodidade do adquirente e segurança da circulação dos bens. A teoria do título hábil de segundo grau que se percebe nos julgados da 1. Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de fevereiro de 1949, e da 4.‘

Câmara, a 20 de abril de 1950, merece toda simpatia. Mas obriga a que se considere justo título a promessa de venda, se foi registrada, seguida de entrega da coisa, ou, se houve tal entrega, ainda que não tenha havido registro, em relação ao promitente da venda.

Cumpre notar que se está a raciocinar com título que tem eficácia em relação ao interessado que se apresenta contra a usucapião. Não se pode apresentar como título, para se adquirir, por usucapião contra alguém, escrito particular que não tem efeito *erga omnes.* Não se confunda efeito *erga omnes* com efeito real: se o titulo tivesse eficácia real, seria *bis in idem* pensar-se em usucapião. A procuração em causa própria por escritura pública, o contrato de compra-e-venda por escritura pública, com acordo de transmissão, são de eficácia *erga omites,* como titulo; não tem ainda eficácia *real.*

Não é justo título: escritura pública sem as formalidades legais, *e. g.,* sem a assinatura do outorgante ou do outorgado (1.‘ Turma do Supremo Tribunal Federal, 15 de abril de 1943, *R. dos T.,* 153, 722), ainda se foi obedecida a lei estrangeira (1.‘ Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de novembro de 1945, *R. dos T.,* 165, 235), incompetente na espécie (Decreto lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 5O) a escritura particular de alienação acima de dez mil cruzeiros (art. 184, II). Adiante, § 1.222, 7.

§ 1498. Ação de usucapião

1. AÇÃO DE USUCAPIÃO. Na ação de usucapião, o autor pede a citação dos interessados, que são o público, aliás os *ex publico* interessados, incertos, ou alguém que era dono do imóvel, ou que se diz dono, ou que pretende ter posse, e a citação dos confinantes do imóvel. Esses e aquele tem de contestar o pedido no prazo de dez dias, contados da citação. A citação dos interessados incertos faz-se por edital, com o prazo de trinta dias, publicando-se três vezes em jornal da comarca, ou, no caso de falta da comarca mais próxima, e uma vez no orgão oficial do Estado (Código de Processo Civil, art. 455 e § 1.0). Tem de ser citado aquele em nome de quem esteja transcrito o imóvel (§ 2.9, ainda que haja sentença contra a transcrição, se não transitou em julgado. No processo intervém o Ministério Público (§ 3.0), com a função que estudamos às notas 2) ao art. 834 e 3) ao arts. 404 do Código de Processo Civil *(Comentários,* III).

A usucapião está interrompida se o possuidor foi esbulhado, não retomou, por justiça de mio própria, a coisa, nem obtém sentença judicial que o reintegre, reconhecendo-lhe a posse até o momento do esbulho e retirando ao esbulho qualquer eficácia. A reintegração tem eficácia *extinto:* é execução que restitui a posse, integralmente. Posse havia; posse foi tomada, injustamente; restitui-se a posse. Tal situação de modo nenhum se confunde com a de quem tem direito à posse e *não* na tinha, como o reivindicante: ter direito *à* posse não é o mesmo que ter posse.

2.PROCESSO. A ação de usucapião, sabendo-se quem figura como proprietário no registro de imóveis, pode ser exercida contra esse. Ação *declarativa,* tem força material de coisa julgada, como a ação declaratória do arts. 29, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Não se exige que o procedimento seja edital, salvo nos casos em que haja réu a ser citado segundo o arts. 177 do Código de Processo Civil.

Faculta-se nos outros casos; é como que indicado. Sobre a eficácia de coisa julgada material, nota 3) ao arts. 454 do Código de Processo Civil *(Comentários,* III). Se forem dois ou mais os réus, o art. 292, parágrafo único, do Código de Processo Civil, é aplicável. Se foram citados, alguns individualmente, outros por edital, o prazo tem de ser contado segundo a mesma regra quanto aos citados por mandado, pois o edital tem o seu prazo de trinta dias. *(a)* Se nenhum interessado contesta, cumpre atender-se a que a falta de comparecimento para contestar tem efeitos de contumácia, e não de *declaração de vontade pelo silêncio.* Se a posse, que é o elemento precípuo, ainda quando se tenha de exigir o pressuposto da boa fé e do justo titulo (Código Civil, arts. 551), está provada, de modo convincente, o juiz lança a sentença, que é declarativa. Não há necessidade de qualquer outra diligência. Isso não impede que, entre a expiração do prazo e a sentença, o juiz aplique o arts. 117 do Código de Processo Civil. *(b)* Se a posse não foi provada antes, em justificação, ou não consta de sentença, ou de documentos que o juiz entenda provam, —devidamente‖, a posse, ou se, a despeito da prova oferecida, houve contestação, a ação prossegue com o rito ordinário, um de cujos atos judiciais típicos é o *despacho saneador.* Tanto da sentença, no caso de não contestação, quanto no de contestação, cabe recurso de apelação (Código de Processo Civil, arts. 820), em ambos os efeitos (art. 830, § 2.0).

3.EFICÁCIA DÁ SENTENÇA. Quanto à eficácia da sentença transita, formalmente, em julgado, trata-se de sentença declarativa, segundo dissemos, portanto de eficácia só *inter partes* (daí a conveniência de se citarem todos os interessados, para que haja contra eles força de coisa julgada material). Tem ainda o efeito não *força* mandamental, que lhe provém do art. 454, § 29, do Código de Processo Civil. Já assim era nos Códigos processuais civis do Distrito Federal arts. 566, e do Espírito Santo, arts. 464. Nos demais, a sentença era apenas titulo hábil para a transcrição, cf. Santa Catarina, arts. 1.027; Minas Gerais, art. 829. A diferença está em que não depende de requerimento da parte, nem de ato dela, o proceder o oficial à transcrição. Já dissemos que a ação é declarativa. A ação de usucapião estendida à servidão (Código de Processo Civil, arts. 454, § 19) não é de natureza diferente. A pretensão mesma, que está à base de tal ação, é a de quem usucapiu a servidão. A ação de usucapião da servidão não se confunde com as ações correspondentes à pretensão dos arte. 580, 579, 559-562, 563-568 do Código Civil. Tio-pouco se refere o art. 454 do Código de Processo Civil à servidões que se constituem em ações divisórias *(comrrwni dividundo, familiae erciscundae)* ou na de demarcação, se, por exemplo, a área confundida tem uso que, partida a área, tenha de ser construído como servidão (—si iudex alii proprietatem

adiudicavit‖, como dizia GAIO, no Livro 7, *ad edictura provinciais).* A força da sentença proferida a lese respeito é constitutiva.

4.ERRO MANDAMENTAL. No final da decisão favorável, deve o juiz acrescentar ao —declaro. . .— o —transcreva-se‖, de modo que, extraido o mandado, o próprio executor dele pode provocar o oficial do registro. *De lege ferenda.*

a construção teria sido mais pura dispensando-se o —mandado‖, porém mantendo-se o *efeito de mandamento.* As relações com o oficial do registro, a respeito dessa transcrição, são *entre ele* e *o juiz;* e não entre ele e a parte, como seriam quanto a outros títulos, ou mesmo outras sentenças transcritiveis sem que a lei lhes confira o efeito de mandamento.

A usucapião opera-se *ipso iure.* A sentença, que se profere, é declarativa. O registro apenas dá à sentença a publicidade registária, que se passa no plano da eficácia (2. Turma do Supremo Tribunal Federal, 6 de junho de 1947, *R. 9.,* 116, 121: ..... para o exercício do direito de dispor, com o objetivo de sanear o registro e assegurar o histérico do direito de propriedade, através das sucessões‖, devendo-se entender, aliás, —poder de dispor com registro‖, porque se pode dispor do que se adquiriu por usucapião antes do registro; 2.‘ Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 29 de outubro de 1941, 1., 19, 644; 1.8 Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 25 de maio de 1948, *R.* 9., 119, 497). Por isso mesmo que a sentença é declaratória, a usucapião preexiste e pode ser alegada como objeção (2.‘ Turma, 6 de julho de 1948, 122, 116: —O usucapião pode ser oposto como defesa (é o caso), independentemente de sentença anterior que o declare e que, registrada, sirva de título ao *dominus.* O usucapião é, como a transcrição, modo de adquirir domínio. É modo- originário de adquirir domínio, com a perda do antigo dono, cujo direito sucumbe em face da aquisição‖; 20 de julho de 1948, 121, 74: —Quanto à alegabilidade do usucapião como defesa, independentemente de sentença anterior, devidamente transcrita, ele é certo que pode também o recorrente invocar, como invocou, em seu prol, a autoridade de CARVALHO SANTOS e de LACERDA DE ALMEIDA. O usucapião é modo *originário* de aquisição do domínio. A transcrição de sentença, que o declare, visa, apenas, a publicidade, a resguardar a boa fé de terceiros e assegurar a continuidade do registro‖; 22 de setembro de 1950, *Á. J.,* 96, 292; 6.‘ Câmara Civil do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 6 de setembro de 1946, *R. 9.,* 112, 448, em ação de reivindicação). É erro grave atribuir-se ao registro a aquisição, porque o art.

530, III, foi explícito (1.‘ Câmara Cível do Tribunal de Apelação da Paraíba, 22 de março de 1946, *R. de 1. B.,* 82, 58: .1... a usucapião, como causa aquisitiva de propriedade imóvel, opera a aquisição do domínio por si mesma, independente da sentença que a reconhecer e do registro desta: a sentença é necessária tão-só para fornecer um titulo para a transcrição do registro de imóveis; e a transcrição, por sua vez, apenas tem por fim possibilitar ao adquirente a livre disposição da coisa usucapida. Se, como se alega com apoio em CARVALHO SANTOS *(Código Civil interpretado,* 2.‘ ed., VII, 430), a usucapião só operasse a aquisição do domínio após a transcrição da sentença que a reconhecer, então não seria causa de aquisição, como estatui o art. 530, III, do Código Civil; a causa seria em tal hipótese a transcrição. MM, como tem sido explicado à saciedade por CLOVIS BEVILÁQUA e SÃ PEREMA entre outros, a propriedade se adquire pela força mesma da usucapião, de sorte que, verificados os requisitos desta, o possuidor se torna de pleno direito proprietário da coisa; entretanto, não se achando esta registrada em seu nome, não poderá o adquirente aliená-la, ou dela dispor por qualquer meio; e é para isso, para tornar possível a disponibilidade da coisa, que se torna necessária a transcrição, que por sua vez só pode ser feita à vista da sentença que reconhecer a usucapião‖; antes, o Tribunal de Justiça da Paraíba, a 5 de abril de 1934, *Á. /.,* 30, 364). O acórdão da 2.‘ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 25 de maio de 1949 (.1., 31, 221), que exigiu à oponibilidade da usucapião ter havido, *antes,* registro, negou que se pudesse no processo contra o usucapiente *declarar* a usucapião: —O usucapião invocado, também, não de ser atendido em benefício do réu, porque, como acentua o apelante, a defesa assente exclusivamente na posse, por mais prolongada que seja, para operar a transmissão da propriedade, precisaria ser reconhecida por sentença transcrita no registro geral, nos termos do art.

550 do Código Civil. Segundo os ensinamentos da doutrina, só se admite, no sistema de nossa lei, como prescribente positivo, aquele que se apresentar em juízo munido de sentença de usucapião proferida em processo regular, devidamente transcrita‖. A força de tal decisão seria apenas entre partes, e não *erga onvnes,* por lhe faltar o precedente edital, mas seria contra o principio de economia processual vedar-se a declaração de direito já nascido.

Certo, a □

2 a Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 18 de novembro de 1941 *(7?. dos 2*"., 136, 245): —Não é a sentença,, na ação de usucapião, que confere o domínio ao possuidor. .0 domínio resulta de se haverem congregado todas as condições prescritas em lei: posse

mansa e pacifica, com boa fé presumida (1?), e lapso de tempo superior a 80 ou 40 anos (7!). Realizadas que sejam essas condições, adquire o possuidor o domínio e tem o direito de ollo *erga omnes*... Se não tem sentença, cumprir-lhe-á, quando o alega, prová-lo pelos meios permitidos em direito. Se a tem, basta exibi-la. A sentença é simplesmente a declaração solene de um direito. Não é o direito‖) ; e a 3□8 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 4 de maio de 1950 (187, 191), confirmando sentença do Juiz de Direito EDMOND ACAR: —PONTES DE MIRANDA confirma os argumentos expendidos. Eis o ensinamento do festejado tratadista: —A sentença a que se refere o art. 156, § 39, é declaratória e os seus efeitos, *ex tinta.* Uma vez que a sentença e declaratória, e não constitutiva de direito, o direito existe antes da sentença, e como a reconvenção é ação do réu, o artigo 156, § 3□O, permite a exceção fundada no texto constitucional, de modo que, ao sentenciar, o Juiz há de examinar primeiro o que disse, na reconvenção, o réu. Resta saber se o direito do indivíduo, qne se firma no art. 156, § 3□O, pode ser alegado como matéria de defesa. O problema é mais delicado, porque, como existe a exceção de prescrição, regulada pelo Código Civil, e essa pode ser alegada em qualquer tempo, quase sempre bastará tal alegação de prescrição, aí decenal‖, *Comentários Constituição de 1946,* IV, 4647‖. Qualquer ato de outrem, que ofenda a posse de quem completou o prazo para usucapir, é turbação ou esbulho. Não interrompe a posse que foi elemento do suporte factico da regra jurídica do art. 550 ou do artigo 551. Viu-o, e bem, a 8.8 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 19 de fevereiro de 1948 *(R. dos T.,* 178, 627):

—A oposição de que se cogita em matéria de usucapião é aquela que se produz ou manifesta no seu decurso. Somente esta lhe quebra a continuidade, porque opõe à vontade do possuidor uma outra vontade que lhe contesta o exercício daqueles poderes inerentes ao domínio qualificador da posse. Ora, a usucapião reclama duas condições, a saber a atividade singular do possuidor e a passividade geral de terceiros, diante dessa atividade contínua e pacifica, durante trinta anos ininterruptos afirmados. Decorrido esse lapso de tempo —toda oposição será inoperante‖, porque esbarrará no fato consumado. Ela poderá atacar a sua constituição mesma, a sua existência material, não intervir para interromper o usucapião, porque já não se interrompe o que se consumou‖.

Se, ao se pedir a transcrição da sentença de usucapião, o nome de outrem consta do registro, nem por isso se não transcreve a sentença. A usucapião é modo originário de adquirir. O acórdão da *4□ 8* Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de agosto de 1981 *(1?. dos 2*"., 80, 427), que disse não se poder transcrever a sentença de

usucapião porque outro registro dele consta, é de imperdoável ingenuidade. A sentença é o titulo, Tituo novo, originário.

5.POSSE PRÓPRIA IMEDIATA. A concepção da posse, qual hoje se tem no Código Civil, põe ao vivo o problema da usucapião Por intermédio de terceiro. Tratando-se de servidor da posse, claro é que não se pode pensar em qualquer papel desse no porte fático da usucapião. Quem possui é o senhor da Posse; o servidor da posse serve, não possui. O serviço da posse pode ser, quando muito, elemento para a prova da posse do servidor da posse a que alguém serve. Pois que, se a alguma posse se serve, tal posse, que se determine, existe; se bem que o simples depoimento do servidor da posse não baste. Pode ser que se creia servir a posse que não existe; e o servidor da posse a cada momento se confunde com o servidor da tença, o servidor da posse própria com o servidor da posse não-própria *(e.* g., serve ao locatário supondo que o titular da posse é o dono, isto é, tem posse plena).

No direito romano, o problema só se prendia, por bem dizer-se, ao serviço da posse (escravos, filhos, pecúlio, cf. O.

A. MÔLLENTHIEL, *tiber die Natur des guten. Glaubens.* 50 s.; R. SCHEU, *tjber die Ersitzung clurch Dritie, 6* s.).

Quanto à posse imediata (usufrutuário, usuário, habitador, depositário, locatário, comodatário), também se pode dar que B possua imediatamente e falsamente suponha que seja possuidor mediato A. Se E possui e A não possui, o pressuposto para a usucapião não se compõe para A, porquanto, se posse existe, é só a imediata, de que não resulta posse *ad usucapionem.* Somente a posse própria, plena ou mediata, gera a usucapião. A posse própria é o elemento para a propriedade.

Muito diferente é o que se passa com o orgão da pessoa jurídica. Quem possui é a pessoa jurídica. Tratando-se de representante, a representação pode ser para adquirir ou para exercício da posse imediata; mas o requisito da posse própria é no usucapiente que se há de exigir. Veja Tomo X, §§ 1.071,1, 4, e 1.079.

Usucape quem tem posse plena ou posse própria mediata. Diz o art. 552: —O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedeptes‖ refere-se aos arts. 550 e 551 —acrescentar à sua posse a da seu antecessor (art. 496), contanto que ambas sejam contínuas e pacificas‖. Já no art. 496 se disse que ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais. Mas

a legislador entendeu repeti-lo a propósito da posse *ad usucapionem.* O autor do projeto zurziu o arts. 552, por lhe parecer que só se tinha de redigir regra jurídica para a usucapião trintenária, pois que não se aludia à boa fé. O pressuposto da boa fé é outro pressuposto que a da posse. O art. 552 só tratou da posse e só da posse tinha de tratar. O problema da *accessio possessionis* era a que se lhe apresentava; e afastou que se pudesse levar em conta a posse que não se liga, temporalmente, a outra (=com descontinuidade), ou posse que tua reconhecida como violenta, clandestina ou precária (não-—pacificas‖). Foram assuntos, esses, de que cogitamos, frisando o que se põe e o que não se põe, na *accessio posses oflt,* ao se proceder ao cômputo do tempo para se usucapir.

Não importa se uma posse própria era plena e a posterior é própria mediata, ou vice-versa; ou se ambas plenas, ou ambas posses próprias mediatas.

8.A ESPÉCIE DA CONSTITUIÇÃO DE 1946, ART. 156, § 8?.

—Todo aquele que, não senda proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando o produtivo por seu trabalho e tendo nele morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediata sentença declaratoria devida transcrita‖

(Constituição de 1946, arts. 156, § 3.0) O —mediante‖ é de impropriedade gritante: o direito que se adquire mediante sentença não só se declara, constitui-se; se a sentença é de tal natureza que, mediante ela, se adquire o direito, tal sentença é necessariamente constitutiva positiva. A Constituição de 1946 foi explícita: chamou declaratória a sentença. A impropriedade de linguagem jurídica vem da Constituição de 1934, art. 125, passou à Constituição de 1987, art. 148, e continuou sem correção. O reconhecimento, de que se trata, é o reconhecimento do domínio de outrem. A aposição, que tornaria insuficiente o suporte fático, é a oposição e consistente em ato de domínio ou de pleito sobre o domínio, que tenha desfecho favorável ao opositor. Os dez anos são os de posse *mais* cultivo. Dez anos ininterruptos, porém sem ser necessário que o cultivo e a morada tenham sido ininterruptos. Se o terreno ocupado é de mais de vinte e cinco hectares, a aquisição é só de vinte e cinco hectares. A sentença é declaratória (adiante, § 1.212, 5). Há exceção de aquisição, porque o direita existe antes da sentença. O ônus da prova de que o proprietário se opos à passe própria do autor, ou de que foi reconhecido o seu

domínio, incumbe a quem se diz proprietário e objeta. Tem de começar pela prova de que *era* dono, antes de se completarem os dez anos.

Se bem que os pressupostos da aquisição sejam de direito constitucional, a propriedade, que se adquire, é privatística.

Por onde se ve que a arts. 156, § 3□O, da Constituição de 1946, apenas criou, na esteira das duas Constituições anteriores, espécie de aquisição por usucapião fora das que haviam sido objeto dos arts. 550 e 551 do Código Civil.

Cumpre, ainda, observar-se que as regras jurídicas das três Constituições contem algo de distinto. A usucapião excepcional do art. 156, § 3□c, não é limitada aos Brasileiros; a área de dez hectares foi elevada a vinte e cinco hectares.

Podem invocar o art. 156, § 3,0, Sem distinção, Brasileiros e estrangeiros residentes.

CAPITULO III

ACESSÃO E SUAS ESPÉCIES

§ 1.199. Aquisição da propriedade imóvel pela acessão

1.HISTÓRIA DA COISA, HISTÓRIA DOS TITULARES E ACESSO.

Dá-se acessão, *accessio,* sempre que alguma coisa, ou parte integrante essencial, ou não essencial, de alguma coisa, que existe só e independente, portanto como coisa distinta, ou que existe, só, porém como pertença, vem formar *parte integrante* de outra; *e.* g., a planta que nasce em meu jardim. Cessam, para a coisa que acede, a existência e a independência; com essa perda da existência, e não só da independência, por parte do objeto, é que desaparece o *objeto* de qualquer outra relação juridica de propriedade ou. de obrigação que acaso existisse. O dono da coisa a que a outra acede passa a ser, desde o momento da adesão, o proprietário *também* da outra. Se era todo, ou parte do objeto de outra relação jurídica de propriedade, não importa. A acessão é modo originário dd adquirir propriedade imóvel. Nada

tem com o que aconteceu na *história da coisa,* que se prendeu a outra. Se alguém a perdeu, isso só na *história dos titulares do direito de propriedade* teria importância; mas, sendo a acessão modo originário, o que foi proprietário *nada* tem com o titulo nôvo. Nem ao que o é agora importa o titulo velho, O adquirente por acessão abstrai do passado, porque o instituto mesmo não ve *história de titulares.* Não importa indagar-se, antes de mim, se a coisa, que acedeu à minha, teve dono, ou donos, se o dono foi A ou se foi B, ou se não teve dono, O mesmo raciocínio faz-se quanto à parte integrante de uma coisa que passou a ser parte integrante de outra.

2.O CÓDIGO CIVIL, ART. 586 (os CASOS DE ACESSO).

O Código Civil enumerou os *casos de acessão* (art. 586) —A acessão pode dar-se: 1. Pela formação de ilhas. II. Por aluvião. III. Por avulsão. IV. Por abandono de álveo. V. Pela construção de obras ou plantações‖.

(a)A *insu nata,* ilha nascida, é o primeiro caso; e a lei dedicou-lhe nada menos que os três incisos do art. 537:

—As ilhas situadas nos rios não navegáveis pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiros, observadas as seguintes regras: 1. As que se formarem no meio do rio consideram-se acréscimos sobrevindos aos terrenos ribeirinhos fronteiros de ambas as margens, na proporção de suas testadas, até a linha que dividir o álveo em duas partes iguais. II. As que se formarem entre essa linha e uma das margens consideram-se acréscimos aos terrenos ribeirinhos fronteiros desse mesmo lado. III. As que se formarem pelo desdobramento de um nôvo braço do rio continuam a pertencer aos proprietários dos terrenos à custa dos quais e constituíram‖.

(b) A aluvião, *afluvio,* consiste no que se forma nos terrenos marginais a algum rio, ou outra água corrente, aumentando-os. Em todo caso, surge a questão: Para que se invoque a acessão por aluvião é preciso que se trate de terreno arcifinal em relação ao rio (—terminando no rio A‖), não bastando que, medida sua extensão, vá até o rio? O

Código Civil não distingue. Não vale mais, portanto, a restrição de LÂCERDA DE ALMEIDA *(Direito das Coisas,* 1, 145, nota 2). Se o terreno somente toca num ponto o rio, claro é que a aluvião não o pode aumentar; aumentaria aos outros terrenos ao longo das duas linhas que lhe traçam os limites. Se acaba o terreno, por exemplo, em metro de extensão marginal, a aluvião aproveita-lhe, se bem que a

forma seja a de metro que avança no leito do rio, que passou a ser terra firme.

As regras do Código Civil, a respeito de aluvião, estio em três artigos. —Os acréscimos formados por depósitos e aterros naturais, ou pelo desvio das águas dos rios, ainda que êstes sejam navegáveis‖, diz o art. 588, —pertencem aos donos dos terrenos marginais‖. Mas, segundo o art. 539, —os donos de terrenos que confinem com águas dormentes, como as de lagos ou tanques, não adquirem o solo descoberto pela retração delas, nem perdem o que elas invadem‖.

(c)A avulsão, *avzdsio,* ocorre quando parte de terreno de outro terreno se vem juntar ao de alguém. Não importa se a junção é adjunção ou superposição (sobrejunção). A lei, ao se elaborar, tinha de fazer *anterior* à aquisição, pela avulsão, da parte desprendida e junta, a perda pelo prédio que sofreu com o desligamento, ou *simzdtílnea,* ou *indiferente à* perda a aquisição. Aqui surge o *problema do vazio entre a. perda e a aquisição,* com as tendências filosóficas de tornar dependente ou independente da perda a aquisição. O Código Civil francês, art. 559, e os que o imitaram deram ao dono a ação de reivindicação dentro de um ano. Também assim, o Código Civil brasileiro, art.

541: —Quando, por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de um prédio e se juntar a outro, poderá o dono do primeiro reclamá-lo do segundo; cabendo a êste a opção entre aquiescer a que se remova a parte acrescicia, ou indenizar ao reclamante (art. 178, § 6.0, nY XI)‖. O art. 178, que aí se cita, estatuiu: —Prescreve: § Em um ano: XI. A ação do proprietário do prédio aumentado pela avulsão, nos termos do art. 541; contado o prazo do dia em que ela ocorreu‖. No art. 542‘: —Se ninguém reclamar dentro em um ano, considerar-se-á definitivamente incorporada essa porção de terra ao prédio, onde se acha, perdendo o antigo dono o direito de reivindicá-la, ou ser indenizado (arts. 178, § 6.0, n. XI)‖. E np arts. 543: —Quando a avulsão for de coisa não suscetível de aderência natural, aplicar-se-á o disposto quando às coisas perdidas‖. Cp. Código Civil italiano, art. 944. O prazo é preclusivo.

(d)—O álveo abandonado do rio público, ou particular‖. diz o Código Civil, art. 544, —pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens, sem que tenham direito a indenização alguma os donos dos terrenos por onde as águas abrirem nôvo curso. Entende-se que os prédios marginais se estendem até ao meio do álveo‖. Não é fácil a inteligência do arts. 544 sobre o *alveas derelictus.* Cumpre distinguir: a) se o rio pertence aos ribeirinhos, ou a um só deles, não há acessão por abandono do álveo, o que há é mudança de aspecto das propriedades,

ou da propriedade, e o que era de A continua de A e o que era de E continua de B; *b)* se o rio pertence a terceiro, *e. g.*, ao proprietário confinante pelo lado de que desce a água, ou do confinante pelo lado para o qual ela desce, esse, e não aquele, é dono do álveo, que ficou com a retirada das águas, e acessão não há; *c)* se os limites são arcifinais, não há questão: limite que anda não deixa de ser limite; *d)* se os limites não são arcifinais, isto é, se as propriedades ribeirinhas acabavam, evidentemente, pelo titulo, *antes* do rio, ou *dentro* do rio, mas antes do álveo que ficou com a retirada das águas, então são dos proprietários ribeirinhos das duas margens os terrenos acedidos: para isso, a lei adotou regra *dispositiva:* —Entende-se que os prédios marginais se estendem até o meio do álveo‖. Não se trata de regra imperativa, porque os títulos podem ter previsto, no caso de recuo, ou de avanço de água, como se resolveria.

Naturalmente, é preciso que se trate de rio cujo álveo seja *apropriável.*

Se a mudança da corrente é devida a obras públicas, tem de ser desapropriado o terreno invadido pelas águas, com a indenização que as leis asseguram. Então, o álveo abandonado passa a pertencer ao Estado; salvo composição com o dono do terreno desapropriado.

3.ACESSIO E FATO NATURAL Nas espécies do art. 536,1-1V. há fato puro, que, como fato puro, entra no mundo juridico, ainda quando tenha de decorrer o prazo do art. 542, que é fato, porque é *tempus* (a reclamação pelo interessado apenas funciona como elemento impeditivo da acessão).

A respeito da ilha, escreveu MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Notas de uso prático,* 1, 440) : —A ilha supereminente já não é álveo, porque já não a cobrem as águas, já não é rio, porque aí já não há fluxo de águas; o mesmo do antigo álveo, que o rio deixou‖.

A explicação da aquisição da ilha por ser *alvei para* e *Alveus pars censetur vicinorum praediorum,* que se atribuiu ao direito romano, supõe o seguinte raciocínio: se o álveo, desnudando-se, se faria parte dos fundos, parte dos fundos faz-se a ilha, que é parte do álveo. Dá-se a acessão tanto em caso de abandono do álveo como em caso de ilha que se formou. Sendo-se dono das águas, o álveo é parte das águas, se utilizado, como seria parte o subsolo até onde útil se torna.

Dá-se abandono do álveo não só quando muda de leito o rio; álveo abandonado também há quando se esvazia o rio de tal modo que permanentemente se descubra o álveo.

O álveo segue sempre a sorte da corrente (Alveus *semper sequitur* Ituminis *causam).* Chama-se-lhe leito do rio, porque nele pousa, embora correndo, o rio: —lectus fluminis, quia flumen ibi cubat‖ (cf. MANUEL BAGNA QUARESMA, *Thesaurus quotidianerum resolutionum,* Cap. 14, n. 451). Á propósito do álveo abandonado e da acessão aos prédios vizinhos, não se precisa de buscar *ratio legis* no princípio do cômodo e do incômodo *(Nihil magia naturali ratione conveniens sit quem* tu *emos sequantur commoda quem in.commoda sequuntur),* argumentando-se que os vizinhos sofrem inundações, convulsões e escavações.

A acessão é ao solo, que é *para praeva Lentior.* Se a ilha se formou, foi porque o solo emergiu, e assim a propriedade o alcançou; se *p* álveo apareceu, sem ser ilha, deu-se o mesmo.

OAta *insulerura,* o *iva afluvionis,* o *iva avulsionis,* o *ius alvei,* todos nascem de fato da natureza, sem que se haja de cogitar de ato humano nem de invocação do principio **Accessoflum sequitur principale,* que nada tem com o fato jurídico *stricto aensu* da *accessio* (cf. E. PAGENSTECHER, *Die rórnische Lehre vom Eigentum,* II, 149; A.

BECHMANN, *Zur Lehre vom Eigentumeerwerb durch Ãccession,* 11, que a cada momento frisava a natureza puramente fáctica da acessão, 7, 11 e 17)

O próprio brocardo *Accessio cedit principali* somente tem invocabilidade a propósito da especificação do art. 611, §

2.0, e da acessão do art. 615, § 2.~, onde principal tem sentido especial (L. 19, § 13, D., *de atiro csrgento mundo ormarnentis unguentis veste vez vestimentis et statuis legatis,* 34, 2), que é o de *maior species.*

A tradição do nosso direito é a de que o domínio das águas desce como desce o solo firme, segundo os mesmos princípios que regem a propriedade do subsolo (MANUEL ÁLVARES PÉGAS, *Commentaria ad Ordinationes,* VI, Livro 1, Titulo 68, § 18, n. 6; MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Coleção de Dissertações juridicas e práticas,* 110: ..... se passa por entre prédios particulares de um e outro lado de diversos donos, é (a ribeira) comum dos confinantes, e cada um deles tem o domínio do álveo e das águas até o meio do mesmo álveo‖). Por isso mesmo, só se pode açudar até o meio (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado prático e compettdi4flo das Águas,* 25:

..... quando o ribeiro é particular, porque como o seu álveo é, *pro dtmtdta,* próprio dos donos dos prédios adjacentes de um e outro lado,

não pode o dono de um lado fazer da sua parte assude (s*), que exceda e transcenda além da ametade do álveo‖).

Os frutos e produtos da coisa não são acessões, não se adquirem por algum dos direitos de acessão, mas pelo exercício do direito de propriedade ou posse da coisa *(iva fruendi).* O direito de fruir é que faz do titular dono dos frutos e tal direito nem sempre toca a quem é dono, ou tem direito real. Os frutos discedem, não acedem. Há discessão, não acessão. São coisas, *res,* quando se separam, se apartam, se colhem, ou simplesmente caem.

Tem-se escrito que pela acessão a propriedade se prolonga. Não traduz isso o que em verdade se passa. A coisa, a que outra acede, não se prolonga, é acedida, aumentada, acrescida, incrementada; se atração há, tal atração não se pode exprimir como expansão, auto crescimento, há de se exprimir por abrangência do que se juntou, se prendeu, se coligou a ela. Os frutos, sim, são extensão, expansão. Mas expansão que se extraneiza.

A acessão é fato, que entra no mundo jurídico e faz nascer o *itis accessionis.* Por ai se ve quão errado é definir-se acessão como o direito em virtude do qual o proprietário da coisa *a* adquire a propriedade da coisa *b,* que àquela se une e se incorpora. A acessão, fato, é que é causa; entrando no mundo jurídico o suporte fático, há o fato jurídico *stricto senau* da acessão, e de tal fato se irradia o *iva accessioflis.* Por outro lado, é erro invocar-se a regra

—Accessorium sequitur principale‖ A ilha, não é acessório; nasce, e acede. O alúvio não é acessório; desloca-se, e acede. O avulso não é acessório; desloca-se, a súbitas, e acede. O leito abandonado não é acessório; descobre-se, e acede.

§ 1.200.. llhas natas

1.CONTEÚDO DO CÓDIGO CIVIL, ART. 537. O art. 537 somente cogitou das ilhas formadas nos rios não navegáveis:

—As ilhas situadas nos rios não navegáveis pertencem aos proprietários ribeirinhos.. .—. Não se falou das ilhas formadas nos rios navegáveis, deixando-se à legislação do direito público regular a matéria onde não haja propriedade particular estabelecida.

Para que se possa considerar ilha a porção de terra emergida, é preciso que seja definitiva a emersão e a ilha se conserve fora da água, em

considerável extensão, durante todo o tempo. A que, durante parte do ano, ou alguma vez foi coberta totalmente de água, ainda não é ilha, no sentido do art. 587. Não importa se a causa da formação da ilha foi a avulsão, ou se o rio invadiu algum terreno e o circundou *(circumiuvio)*.

2.ILHA ENTRE ILHA E MARGEM DO RIO. A ilha formada entre uma ilha anteriormente formada, ou imemorialmente já existente, e a margem, pertence ao terreno ribeirinho próximo (= terreno ribeirinho do lado em que se formou a primeira ilha), e não à primeira ilha formada, ou existente para aquém da linha que divide o álveo em duas partes iguais (1.8 Câmara da Côrte de Apelação do Rio de Janeiro, 12 de julho de 1987, *Á.J.,* 43, 325; *R. dos T.,* 113, 188; *R. de D.,* 126, 435).

3.ÁGUAS PÚBLICAS E ÁGUAS PARTICULARES. As ilhas ou ilhotas, que se formam no álveo de corrente, pertencem ao domínio público, no caso de águas públicas, e aos proprietários marginais segundo o Código Civil, art.

537, e o Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1984, arte. 23 e 24. Sobre a distinção entre águas públicas e águas particulares, o Tomo II, §§ 155, 5 e 6, e 156. O Decreto n. 24.643, arte. 28 e 24, apenas repete, quanto às águas particulares, o que se estabeleceu no Código Civil, art. 537. Quanto às ilhas formadas em águas públicas, reafirmou-se pertencerem ao Estado, ou ao povo, conforme a espécie, devendo-se atender ao art. 25 do Decreto n. 24.643, que diz: —As ilhas e ilhotas, quando do domínio público, consideram-se coisas patrimoniais, salvo se estiverem destinadas ao uso comum‖. Entenda-se: quer a formação seja em águas a que se refira o art. 66, 1, quer em águas que se destinem a uso público especial (art. 66, II), quer em águas de uso privado do Estado (art. 66, III), a ilha ou ilhota é aquisição patrimonial do Estado, classificada no art. 66, III, enquanto não se dê a destinação ao uso público.

Assim, a ilha que se forma em águas públicas de uso comum, ou especial, é de uso privado, se *lez specialls* ou destinação posterior não cominiza ou especializa o uso.

Diz o art. 23 do Decreto nº. 24.643: —As ilhas ou ilhotas, que se formarem no álveo de uma corrente, pertencem ao domínio público, no caso das águas públicas, e ao domínio particular, no caso das águas comuns ou particulares‖.

No § .1.0: -—Se a corrente servir de divisa entre diversos proprietários e elas estiverem no meio da corrente, pertencem a todos esses proprietários, na proporção de suas testadas, até a linha que dividir o álveo em duas partes iguais‖. No § 29: —As que estiverem situadas entre esta linha e uma das margens pertencem, apenas, ao proprietário ou proprietários desta margem‖. E o art. 24: —As ilhas ou ilhotas, que se formarem, pelo desdobramento de um nOvo braço de corrente, pertencem aos proprietários dos terrenos, à custa dos quais se formaram‖. Acrescenta o parágrafo único: —Se a corrente, porém, é navegável ou flutuável, elas poderão entrar para o domínio público, mediante prévia indenização‖.

O art. 537 do Código Civil estabelecera: —As ilhas situadas nos rios não navegáveis pertencem aos proprietárias ribeirinhos fronteiros, observadas as regras seguintes: 1. As que se formarem no meio do rio, consideram-se acréscimos sobre-vindos aos terrenos ribeirinhos, fronteiras de ambas as margens, na proporção de suas testadas, até a linha que dividir o álveo em duas partes iguais. II. As que se formarem entre essa linha e uma das margens consideram-se acréscimos aos terrenos ribeirinhos fronteiras desse mesmo lado. III. As que se formarem pelo desdobramento de um novo braço do rio continuam a pertencer aos proprietários dos terrenos à custa dos quais se constituíram‖. Cumpre notar que as regras jurídicas do art. 537 não apanham somente a ilhas situadas nos rios não-navegáveis. Devem-se interpretar (e assim já se havia de entender antes do Decreto n. 24.643 e do Decreto n. 852, de 11 de novembro de 1938) como alusivas a quaisquer rios não públicos, porque não-navegabilidade e pertencimento aos particulares não são conceitos coextensivos. Diz o art. 8.0 do Decreto n. 24.648: —São particulares as. nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns‖

4.FUNDAMENTO DA AQUISIÇÃO DAS ILHAS E ILHOTAS. Discutiu-se sobre qual o fundamento da aquisição das ilhas e ilhotas. Sustentou-se ser consequência de pertencer aos praprietários marginais o álveo, o que é de admitir-se, no sistema jurídico brasileiro, embora não o seja noutros sistemas jurídicos. O Código Civil, no art. 536, 1, considera acessão a aquisição da propriedade das ilhas, sem que haja tomado outro caminho doutrinário o Decreto n, 24.643, de 10 de julho de 1934, arts. 23 e 24. O álveo pertence aos proprietários marginais, como o subsolo até onde vá a utilização. Daí não haver contradição entre o principio da propriedade até a linha que divide, ao meio, as águas e a acessão por abandono de álveo. O Decreto n. 24.643, de 10

de julho de 1934, art. 99, insistiu na concepção brasileira: —Alveo é a superfície que as águas cobrem sem transbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto‖.

No art. 10, explicitou-se: —O álvea será público de uso comum, ou dominical, conforme a propriedade das respectivas águas; e será particular no caso das águas comuns ou das águas particulares‖. No § 19: —Na hipótese de uma corrente que sirva de divisa entre diversos proprietários B, o direito de cada um deles se estende a todo o comprimento de sua testada até a linha que divide o álveo ao meio‖. No § 29: —Na hipôtese de um lago ou lagoa nas mesmas condições, o direito de cada proprietário estender-se-á desde a margem até a linha ou ponto mais conveniente para divisão equitativa das águas, na extensão da testada de cada quinhoeiro, linha ou ponto locadas, de preferência segundo o próprio uso dos ribeirinhos‖.

No sistema jurídico brasileiro, tem-se de repelir a teoria que afirma surgir a propriedade particular por ter cessado o uso público, bem assim a que tem o álveo como propriedade quiescente e a ilha ou ilhota como acessão ao álveo. A acessão é ao prédio marginal, ou aos prédios marginais, que se estendem até a linha que divide o rio ou as águas e até onde o uso do subsolo ou da terra subjacente às águas se estendem. O problema quanto ao álveo encoberto e ao subsolo correspondente é o mesmo que o problema quanto ao subsolo da terra firme.

A mudança de curso do rio põe a descoberto o Ilveo, que, por sua própria aparição, se torna utilizavel imediatamente e se faz terra firme. Não temos o direito medieval que atribuia ao príncipe ou ao feudo os Incrementos fluviais.

Não é questão acadêmica a de se saber se os incrementos fluviais são espécie de acessão. *De lege lata.,* a afirmativa impõe-se (arts. 536, 1-1V, 537, 538-540, 541-543 e 544; Decreto n. 24.643, arts. 23 e 24, 16-18, 19 e 21, 9, 10, 26 e 21).

§ 1.201. Aluvião

1.ALUVIO E ÂLVEO DOS RIOS. 2- Aluvio é incremento que se deposita no álveo do rio, de modo a aumentar a extensão da imóvel. As águas, desprendendo do outro imóvel, ou de outros imóveis, partículas e blocos, levam-nos ao vizinho, que pode não ser o confiante. A questão de se saber se a aquisição é de cada partícula, ou do todo, não tem, sequer, caráter de problema jurídico, pois o que se adquire ou foi

configurado em a-, ou em ab, ou em *aU,* só se exigindo que haja contigilidade entre o imóvel e o incremento ou alúvio. As cêrcas, muros, barragens, muralhas e estacamentos que amparam das águas o terreno ou o circundam com outro intuito protectivo, ou não, de moda nenhunf obstam a que se de a aquisição pela aluvião para além da cêrca, muro, barragem, muralha ou estacamento, desde que o lugar em que se deu o incremento seja álveo que corresponda a águas pertencentes ao terreno incrementada. *Aliter,* se para além há rio público.

A aquisição do alúvio é por acessão. No Código Civil, art. 588, diz-se: —Os acréscimos formados por depósitos e aterros naturais, ou pelo desvio das águas dos rios ainda que estes sejam navegáveis, pertencem aos donos dos terrenos atingindos‖. No art. 540, explicitou-se —Quando o terreno aluvial se formar em frente a prédios de proprietários diferentes, dividir-se-á entre eles, na proporção da testada de cada um sobre a antiga margem respeitadas as disposições concernentes à navegação‖. O Decreto n. 24.643, art. 16, definiu aluviãO: —Constituem

—aluvião‖ os acréscimos que sucessiva e imperceptwelmente se formarem para a parte do mar e das correntes, aquém do ponto a que chega o preamar médio, ou do ponto médio das enchentes ordinárias, bem como a parte do álveo que se descobrir pelo afastamento das águas‖; e nos §§ 1.0 e 29 estabeleceu quanto à titularidade estatal: —Os acréscimos que por aluvião, ou artificialmente, se produzirem nas águas públicas ou dominicais, são públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou se por algum titulo legitimo não forem do domínio particular‖ (§ 1.0); —A esses acréscimos, com referência aos terrenos reservados, se aplica o que está disposto no art.

11, § (§ 2.0). O art. 11, § 2.0, a que o § 29 do art. 16 se refere, estatuiu: —Será tolerado o uso desses terrenas pelas ribeirinhos, principalmente os pequenos proprietárias, que os cultivem, sempre que o mesmo não colidir por qualquer forma com o interesse público

No art. 11, a Decreto n. 24.643 disse: —São públicos dominicais se não estiverem destinados ao uso comum, ou por algum titulo legítimo não pertencerem ao domínio particular:1.0 os terrenos de marinha; 2.0 os terrenos reservados nas margens das correntes públicas de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie. Salvo quanto as correntes que, não sendo navegáveis nem flutuáveis, concorrem apenas para formar outras simplesmente flutuáveis, e não navegáveis‖. O art. 12 ressalvou: —Sobre as margens das correntes a que se refere a última parte do n. 2 do artigo anterior, fica somente, e

dentro apenas da faixa de dez metros, estabelecida servidão de trânsito para os agentes da administração pública, quando em execução de serviço‖. Dos acréscimos por aluvião às margens das correntes comuns ou das correntes públicas de uso comum de que tratou o art. 12 cogitou o art. 17: —Os acréscimos por aluvião formados às margens das correntes comuns, ou das correntes públicas de uso comum a que se refere o art. 12, pertencem aos proprietários marginais, nessa segunda hipótese, mantida, porém, a servidão de trânsito constante da mesmo artigo, recuada a faixa respectiva, na proporção do terreno conquistado‖. No parágrafo único acrescentou-se: —Se o álveo for limitado por uma estrada pública, esses acréscimos serão públicos dominicais, com ressalva idêntica à da última parte do § 1? do artigo anterior‖.

O art. 18 do Decreto n. 24.643 reproduziu, sem a última parte (omissão irrelevante), o art. 540 do Código Civil: (_Quanto o terreno aluvial se formar em frente a prédios de proprietários diferentes, dividir-se-á entre eles, na proporção da testada de cada um sobre a antiga margem; respeitadas as disposições concernentes à navegação‖.

2.LAGOS, TANQUES E OUTRAS ÁGUAS DORMENTES. Diz o art. 539: —Os donos de terrenos que confinem com águas dormentes, como as de lagos e tanques, não adquirem o solo descoberto pela retração delas) nem perdem o que elas invadirem‘). Os bordadores de teorias não pouparam essa simples classificação de origem romana e urdiram questões em torno do texto romano, a que corresponde o art. 539, e de outros sistemas jurídicos que o reproduziram.

Lê-se no Digesto: —Os lagos e os tanques, se bem que às vezes cresçam e às vezes sequem, todavia conservam seus limites. Portanto, não se reconhece quanto a eles o direito de aluvião (jua *alizwionis)”*. O texto foi tirado das.

Institutiones de CALISTRATO, para a L. 12, pr., D., *de adquirendo rerum dorainio,* 41, 1: —Lacus et stagna licet interdum crescant, inter-dum enrescant, suos tamen terminos retinent ideoque in his ius alínvionis non adgnoscitur‖.

No Código Civil francês, art. 558, 1.‘ e 2.‘ alíneas, inseriu-se: —L‘alluvion n‘a pas lieu à. l)égard des lacs et étangs, dont le propriétaire conserve toujours le terrain qul l‘eau couvre quand eh est à Ia hauteur de la décharge de l‘étang, encore que le volume de l‘eau vienfle à diminuer. Réciproquement le propriétaire de l‘étang n‘acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à

couvrir dans les crues extraordinaires‖. CL Código Civil argentino, art.

2.578, e espanhol, art. 367. No Código Civil português, art. 2.297, adota-se a solução do ina *alinviotia,* o que como regra geral é absurdo: os limites da propriedade podem ir até dentro do lago ou tanque, ainda que natural, e as proposições de CÂLISTEATO exatamente o explicitavam. Se o lago, a lagoa ou tanque não é pertencente a qualquer dos terrenos marginais, nem público, é sem dono, *res nuilius,* e a aquisição da parte descoberta somente pode dar-se por usucapião Se o lago, a lagoa, ou o tanque é dividido pela linha dos limites de duas ou mais propriedades, então é tautológico o que CALISTRATO escreveu e está no art. 539. Nenhuma regra j uridica se pode extrair do art. 539: IA apenas se diz que, descobrindo-se o terreno que é de A) ou cobrindo-se o terreno que é de B, nem A adquire (seria adquirir o que é seu), nem B perde. Os limites cortaram a lagoa ou o tanque. Só a aquisição por usucapião) au por transcrição poderia atingir os terrenos em que a lagoa ou o tanque está. Não se há de inquirir se os lagos, lagoas, tanques ou depósitos de águas dormentes foram obra natural, ou do homem.

Quanto à usucapião, pode-se adquirir a propriedade de qualquer extensão dentro da água dormente, uma vez que haja posse, ainda que não tenha havido emersão de terra, ou descobrimento (sem razão, F. DE MARnNO, Deila Proprietà, *Comisentaria dei Codice Civile* de A. SCIÀLOJA e G. BRANCA, 408, que parece excluir a usucapibilidade da parte recoberta de água). O Código Civil italiano) art. 943, ainda repete a explicitação calistratiana: —11 terreno che l‘acqua copre quando essa é all‘altezza dello ebocco deI lago o delio stagno appartiene aí proprietario deI lago o dello stagno, ancorchê il volume dell‘aequa venga a scemsre. II proprietario non acquista alcun diritto sopra la terra lungo la riva che l‘acqua ricopre nei casi di piena straordinaria‖ (alíneas 1.‘ e 2.8).

§ 1.202. Avulsão

1.CONCEITO E SUPORTE FÁTICO. Avulsão) no sentido vulgar, é o arrancamento de porção de terreno) por força da natureza (correntes fluviais, desabamentos, terremotos); em sentido jurídico, o arrancamento de porção de terreno, por força da natureza, unindo-se a outro terreno, O Corpus luris não empregou a expressão —avulsio‖. O

conceito era limitado ao arrancamento pela corrente do rio. Na L. 7, § 2. D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1, disse GAIO: —Quod si vis

fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et meo praedio attulerit, ralam est eam tuam permanere. plane si longiore tempore fundo meo haeserit arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempere videtur meo fundo adquisita esse‖: —se a força do rio arrancou alguma parte do teu prédio e a houver trazido ao meu prédio, é evidente que permanece tua. Mas, se por mais longo tempo aderiu ao meu terreno (fundo moo) e as árvores, que consigo trouxe, tiverem lançado raízes no meu terreno, considera-se adquirida desde esse momento pelo meu terreno‖ (cf. § 21, 1., *de rerum divisione,* 2, 1). O direito romano é que teria de incidir, antes do Código Civil; de modo que se recebia a doutrina em tôrno de L. 7, § 2. a) A interpretação restritiva so admitia a avulsão por desgarramento provocado pela corrente fluvial, e fixava o momento da aquisição naquele em que as raízes se metiam no terreno enriquecido (BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal.* IV, 65: —... salvo se o dono não tratar de o reivindicar, e as árvores chegarem a arraigar-se ao nôvo prédio‖).

b) Outros procuraram ler o —si in eum fundum radíces egerint') como um dos casos de união definitiva *(e. g.,* LAFATETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1) 110). o) Outros, mais descerimofliosos, recorriam ao expediente técnico da quantificação temporal, por influxo do direito germânico antigo, sendo que COELHO DA ROCHA *(Institttdções,* II, 831) o recebeu através do Código Civil francês, art. 559 *(aliter,* o Código Civil, art. 542).

LACERDA DE ALMEIDA *(Dtreito das Coisas,* 1, 147) profligou a atitude afrancesante de COELHO DA ROCHA:

—Som que jus‖, perguntava ele, —se, consoante as regras das Ordenações, Livro III, Titulo 64, e da Lei de 18 de agôsto de 1769, o direito romano é neste ponto fundado na boa razão, e não pode o intérprete, sem (se) arvorar em legislador, invocar direito estrangeiro, restritivo?‖

A técnica legislativa podia adotar, a respeito da avulsão, a) o princípio da aquisição *ipso iure,* ou b) o da faculdade de reclamação por parte do precedente proprietário, com opção (direito formativo gerador) do proprietário do prédio acrescido entre a remoção e a indenização ao reclamante. A solução b) é a do sistema jurídico brasfleirO a solução a), a do Código Civil italiano, art. 944.

2.COMPOSIÇÃO DO AVULSO. Na literatura jurídica, a alusão às árvores, que aparece na L. 7, § 2, levou alguns juristas a crerem que o

avulsw)n seria o bloco da terra com relva e árvore, e não só a terra *(e. g.,* A. BECHMANN, *Zur Lehre vom Eigentumsertverb durch Accessiofl,* 27). Influência dos compiladores das Institutas (§ 21, 1., *de rer-uin divisioie,* 2, 1), onde se substituiu o —ex eo tempore videtur meo fundo adquisUa esse‖ por —ex co tempore videntur vicini fundo adquisitat3 esse‖. GAIO não pensou isso, nem no escreveu (cp. ULPIANO, L. 9, § 2, D., *de damno infecto,* 39, 2; LANDUCCI, L'Alluvio, *Archivio Giuridito,* 81, 173 s.; PAUL SOKoLOWSKI, *Dia Philosophie im Frivatrecht,* 1, 161 e 546 s.). o proprietário desfalcado perdia as plantas pelo enraizamento e a terra pela #

3.ELEMENTOS ROMANO E GERMÂNICO. À feitura do Código Civil, a ciência já havia chegado a síntese, não entre a tese romana e a antítese germânica, porque em verdade não as havia; o elemento germânico generalizava mais quanto à causa da avulsão e recorria -à quantificação temporal. Superou-se a ambos, porque, quanto ao silêncio durante o tempo, se adotou o elemento germânico além desse se foi, eliminando-se a exigência da tomada de posse como exercício de direito de apropriação. O Código Civil francês, art. 559, ficara aí, na esteira do Landrecht prussiano. O Código Civil brasileiro seguiu o que se caracterizara no direito local de alguns Estados alemães (Baviera, urtemberga, Héssia, Bade, Saxônia). Com o direito romano, tal como, no Brasil, o entendia LAFATETE

RODRIGUES PEREIRA (acima, n. 1), o Código Civil argentino, arts. 2.584 e 2.585.

4.ADERÊNCIA E TEMPO. Porém o Código Civil brasileiro não fez tudo depender da aderência e do tempo de um ano. No art. 541, disse-se: —Quando, por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de um prédio e se juntar a outro, poderá o dono do primeiro reclamá-la do segundo; cabendo a este a opção entre aquiescer a que se remova a parte acrescida, ou indenizar ao reclamante (art. 178, § 6.% n. XI)‖. o art. 178, § 6.~, XI, falou da preclusão de um ano quanto à pretensão do proprietário do prédio desfalcado contra o do prédio aumentado pela avulsão, nos termos do art. 541, contado o prazo do dia em que ela ocorreu. Assim se fixou momento, de modo a serem simultâneas perda (art. 178, § 6.t XI) e aquisição (art. 542).

Existe, portanto, efeito da avulsão, sem ser a incorporação da porção despregada e a aquisição originária, com o tempo, pelo proprietário do prédio aumentado (o *Principal trahit accessioflem* ai não bastaria). Durante o ano, a contar-se do fato da avulsão, nasce ao proprietário

do prédio, a que a porção aderiu, *direito formativo gerador,* que é o de eleger entre deixar que se remova a parte aumentada, ou ficar com ela indenizando. A avulsão tem como elemento nuclear o despregamento da porção e a aderência ao outro; desde ai nasce o *direito formativo gerador,* que pode ser exercido durante o ano, antes ou após a reclamação, judicial ou extra judicial, do proprietário, cujo imóvel foi desfalcado.. O suporte fático completo é a avulsão e produz o direito de escolha, que termina com a pretensão de reivipdicação, por parte do proprietário do prédio desfalcado. O elemento do suporte fático, que basta para o nascimento do direito de escolha, serve de elemento do suporte fático, de formação sucessiva, da. regra jurídica do art. 542. No art. 542, há três elementos fáticos nucleares (o fato de avulsão, o silêncio do proprietário do prédio desfalcado, o transcurso de um ano): nenhum deles produz efeitos preliminares, se se trata de aquisição segundo o art. 542; o efeito do art. 541 é efeito da avulsão, *definitivo,* e não preliminar, para o nascimento do direito formativo gerador. Em vez de ligar a indenização ao exercício de direito formativo gerador, o novo Código Civil italiano (arts.

944) adotou o princípio *Principale trakit aecessionetn,* com o direito do proprietário do prédio desfalcado à indenização (2.8 parte: —Deve perô pagare all‘altro proprietario un‘indennità nei limiti dei maggior valore recato aí fondo dall‘avulsione‖). Naturalmente, a despeito da má redação do arts. 944 do nOvo Código Civil italiano, há de ser considerada elemento nuclear do suporte fático a conjugação inorgânica ou orgânica (coalitio).

5.CONTEÚDO DO ART. 542 no CÓDIGO CIVIL. Diz o artigo: —Se ninguém reclamar dentro em um ano, considerar-se-á definitivamente incorporada essa porção de terra ao prédio, onde se acha, perdendo o antigo dono o direito a reivindicá-la, ou ser indenizado (arts. 178, § 6.0, n. XI)‖. Aqui. estão a juntar-se, em formação sucessiva do suporte fático, os elementos (fato da avulsão, silêncio do doito do prédio desfalcado, um ano contado do fato da avulsão). O tempo, aqui, hão é prazo prescripcional; é prazo preclusivo. A citação, ou ptotesto, ou outro ato interruptivo do prazo prescripcional da pretensão àreivindicação não interrompa o prazo preclusivo do art. 542: *tido mais* ocorre o completamento do suporte fático para a regra jurídica do art. 542; o dono do prédio aumentado somente poderá adquirir a porção que aderiu ao seu prédio, mediante o exercício do seu direito formativo gerador e a indenização do art. 541, sendo essa pretensão suscetível, por sua vez, de prescrição de trinta anos (arts. 177). A citação do art. 178, § 6.0, XI, pelo arts. 542 refere-se à parte final do arts. 542, e não à parte inicial, posto que o prazo de prescrição tenha a mesma extensão que o de preclusão. Veja Tomo VI, §§ 668, 669 e

707,9.

§ 1.203. Aderência natural e avulsão

1. —COALITIO‖. Para que haja a avulsão, é preciso que haja a *coalitio* (coalizão), que é o co aumentar. A aderência natural tem de dar-se; se a coisa não é suscetível de aderência natural, de coalizar-se, não há pensar-se em aquisição pela avulsão. Os blocos de marmore, que o rio arrancou e depos no outro terreno, sem os ter soterrado a ponto de não valer a pena desenterrá-los, não aderiram à outra propriedade, e são coisas que, embora partes integrantes ou pertenças da propriedade desfalcada, se —mobilizaram)‘ e como bens móveis se hão de tratar. Cp. Código Civil argentino (arts. 2.586: —Cuando la avulsión fuere. de cosas no susceptibles de adherencia natural, es aplicable lo dispuesto sobre êosas perdidas‖) e o brasileiro (art. 543: —Quando a avulsão fOr de coisa não suscetível de aderência natural, aplicar-se-á o disposto quanto às coisas perdidas‖, cf. *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS) art. 4.180, 1.8

parte, fonte de ambos).

2.DECRETO N. 24.648, DE 10 DE JULHO DE 1984) ARTIGOS 19-22. No Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934) arts. 19, contém-se definição de avulsão, acorde com os conceitos romano e moderno: —Verifica-se a

—avulsão» quando a força súbita da corrente arranca uma parte considerável e reconhecível de um prédio, arrojando-a sobre outro prédio‖. Coincide, pois, com o art. 541 do Código Civil. Ao art. 541 corresponde o art. 20 do Decreto n. 24.648: —O dono daquele poderá reclamá-lo ao deste, a quem é permitido optar, ou pelo consentimento na remoção da mesma, ou pela indenização ao reclamante‖. Ao art. 542 o art. 20) parágrafo único: —Não se verificando esta reclamação no prazo de um ano, a incorporação se considera consumada, e o proprietário prejudicado perde o direito de reivindicar e de exigir indenização)‘.

No Decreto n. 24.643, há duas regras jurídicas que precisam de interpretação. Diz o arts. 21: —Quando a avul são fOr de coisa não suscetível de aderência natural, será regulada pelos princípios de direito que regem a invenção‖. E o art. 22:

—Nos casos semelhantes, aplicam-se à avulsão os dispositivos que regem a aluvião)‘. 1) arts. 21 corresponde ao arts.

54 do Código Civil: —Quando a avulsão for de coisa não suscetível de aderência natural, aplicar-se-á o disposto quanto às coisas perdidas‖. O art. 21 somente pode ser entendido como se houvesse estabelecido: —Se a avulsão trouxe coisa alheia que se pode considerar perdida por outrem e adiável, trata-se como achado o que foi trazido pelas águas‖. Quanto ao art. 22, é difícil, sem se sair dos arte. 541 e 542 para se adotar outro modo de adquirir, que é o dos arte. 538 e 540, atender-se ao arts. 22. ~ Quais os casos semelhantes à aluvião que permitiriam outra solução que a dos arte. 541 e 542? O arts. 22) a que corresponde o arts. 543 do Código Civil, preve a avulsão sem aderência do avulso.

§ 1.204. Avulsão e indeniza$o pelo proprietário do prédio avolto

1.CONTEÚDO DO ART. 541. O proprietário do prédio, de onde veio a porção despendida, tem, no decurso do ano, o direito, a pretensão e a ação de reivindicação, que somente esbarra ante o direito formativo gerador do proprietário do prédio avolto (art. 541), se esse o exercer. É a lei mesma que substitui o conteúdo do direito; ai, degradando-o de direito real a direito pessoal *(regra juridica substituinte),* suscetível de se extinguir e de sofrer prescrição da pretensão) como os demais direitos patrimoniais. Não se pense em *exceção* do proprietário do prédio avolto à ação de reivindicação: o artigo 541 substitui o direito real pelo direito à indenização, afim de evitar o choque entre o direito do proprietário do prédio desfalcado e o direito formativo gerador do proprietário do prédio avolto. A exceção apenas cobriria) com a sua eficácia, a eficácia do direito real. Ora, o art. 541 excluiu o direito real, se o proprietário do prédio avolto exerce o seu direito formativo gerador.

2.DANO AO OUTRO PRÉDIO. Se a avulsão causou dano ao prédio avolto tem esse direito a ser indenizado segundo os arte. 159, 160, 1.518 e 1.528. Os arts. 1.519 e 1.620 são invocáveis.

§ 1.205. Abandono de álveo

1. ÁLVEO ABANDONADO. Disse o art. 544: —O álveo abandonado do rio público ou particular pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens, sem que tenham direito a indenização algum) os donos

dos terrenos por onde as águas abrirem novo curso. Entende-se que os prédios marginais se estendem até ao meio do álveo‖. Tal a tradição do sistema jurídico brasileiro.

Se o rio é particular, a propriedade vai até o meio do álveo, salvo título diferente. Dai poderem os donos das metades de álveo usá-las como entendam (2. Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de junho de 1932, *R.*

dos T., 83, 400).

O álveo do rio particular pertence aos proprietários marginais conforme o título de cada um. Se não há titulo, incide o art. 544, 3. parte: —Entende-se que os prédios marginais se estendem até ao meio do álveo‖. Se há titulo e há abandono do álveo na parte que pertence ao proprietário marginal, é evidente que lhe toca, por ter exsurgido terra no espaço marcado no titulo. Se o título exclui que o rio pertença a um dos proprietários marginais) não se pode pensar em que o‘ álveo abandonado lhe pertença. Se foi previsto até onde iria a propriedade de cada um e a terra exsurgiu na parte não prevista pelos títulos) não pertence a qualquer dos dois. Se não foi previsto até onde iria a propriedade marginal) então incide o arts. 544, 1ª parte. Não importa qual a causa do acidente natural (2. Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de fevereiro de 1983) *R. dos T.,* 85, 416). Se foi ato-fato humano ou ato ilícito a causa da mudança da corrente, os limites dos imóveis não sofrem com isso (1B Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de setembro de 1949, *R. dos T.,* 183, 274): o que pertencia, em leito, ao proprietário marginal e passou a ser terra descoberta, dele continua.

2.RIOS PÚBLICOS. Quanto ao rio público) o art. 544,

1. e 2. partes, incide sempre que não haja *lez apecialis,* ou negócio jurídico com os proprietários marginais, de acordo com a lei especial.

3. CONTENTO DO ART. 544, 2. PARTE. Quando o rio abandona o álveo, de ordinário avança sobre outras terras.

O Código Civil) art. 544, 2. parte, considera tal mudança de leito acidente natural não suscetível, de entrar no sistema jurídico como fato gerador de deveres e obrigações. Daí dizer:..... sem que tenham direito a indenização alguma os donos dos terrenos por onde as águas abrirem novo curso‖.

O art. 544 nada tem com o desvio de rios determinado por atos-fatos ou atos dos vizinhos, ou de terceiros não-vizinhos, inclusive o Estado. Por isso mesmo, se foi oriundo de obras públicas ou de providências do Estado, tem esse de responder pelo ato-fato ilícito) ou pelo ato ilicito, se previamente não houve a desapropriação. Na última espécie, o leito abandonado pertence ao proprietário ribeirinho se era explicitamente dono da parte do álveo em que se operou o abandono, ou se cabia incidir o art. 544; S. parte. Se as obras são em rio público, o Estado indeniza, em desapropriação, a parte de terreno invadida pelas águas e fica dono do álveo abandonado, como bem de uso não-comum, ou comum, conforme a destinação que o Estado lhe der. Nesse ponto) é perigoso repetir-se o que escreveu CLOVIS BEVILÁQUA) como fez a Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 15 de dezembro de 1927

(A. 3., V, 503): —Se o desvio do curso do rio for determinado por obras públicas, os terrenos por onde passar o rio devem ser desapropriados, segundo as regras de direito. Neste caso, o leito abandonado continuará pertencendo ao Estado ou à União, segundo o caso for, mas perderá a condição de coisa comum para adquirir a de bem dominical‖.

(A expressão —dominical‖ é empregada, de ordinário, em sentido estrito: do domínio do Estado, domínio privatistico do Estado. Á propriedade de direito público, de que se falou no Tomo II, § 150, 2-4 e 5, não se refere o adjetiva, *nesse sentido estrito.)*

§ 1.206. Aquisição da propriedade pela edificação e pela plantação

1. MODOS ORIGINÁRIOS DE ADQUIRIR. São modos de adquirir a propriedade, modos originários. a construção, *naedificatio,* e a plantação, *implantatio.* Foi esse um dos pontos em que mais se fizeram sentir as sugestões de origem econômica e de origem filosófica, percebendo-se, através da história das soluções técnicas, a evolução mesma da civilização ocidental. Trata-se da acessão de móvel a imóvel: o bem imóvel, principal, atrai o móvel) que se faz parte dele. *Superficies solo cedit.* Mas, para que isso se dê, para que o bem móvel perca a sua independência e existência, se forme ou surja sem ela, é preciso que haja *raMo* suficiente para isso. No dizerem qual a razão suficiente para isso discordam os sistemas jurídicos. Há ainda a notar-se que, em certos sistemas jurídicos, se o edifício ganha independência e existência própria, se faz bem imóvel à parte: os bens móveis, com que se construiu, se imobilizaram, sem que fosse por se fazerem parte integrante de imóvel (terreno). Não, indiscutivelmente, no direito

brasileiro.

2.Es Écixs. No direito brasileiro, não há o *direito de superfície,* não há edifício que exista, *juridicamente,* sem o terreno. Temos as espécies: *a)* O dono do terreno constrói, semeiá, ou planta, com o que é seu. 14 O dono do terreno constrói, semeia, ou planta, com o que não é seu. o) O que é dono dos materiais) sementes ou plantas, constrói, semeia, ou planta, em terreno alheio. *d)* O dono do terreno e o dono dos materiais) sementes, ou plantas, edificaram) semearam, ou plantaram conjuntamente. *e)* A obra foi feita pelo condômino.

Não foram leis - que ergueram a doutrina romana da acessão. Foram os trabalhos dos juristas, com os seus depósitos psicanalíticos e as suas influências econômicas, as suas teorias sobre o ser e o vir a ser das coisas, as suas convicções gnoseológicas. Algo disso herdamos.

3. CONCEPÇÕES FILOSÓFICAS) —INAEDIFICATIO‖ —PLANTATIO)‘ E —SANO‖. A filosofia peripatética e a estóica refletiram-se nas concepções romanas da acessão, criando a discordância entre os juristas. A ligação dos materiais ao prédio não apagava o direito do proprietário deles, porém faltava-lhe o poder de desprendê-los, ou despregá-los, e o próprio Estado negava-se a isso. Somente se perdia a propriedade dos materiais se ocorria abandono, ou indenização. Assim, GAIO, na L. 7, § 10, D., *de adquirendo renas dorsinio)* 41, 1: —Quando alguém houver edificado em lugar seu com materiais alheios, entende-se que o mesmo dono o é do edifício, porque tudo que se edifica cede ao solo (omne quod inaedificatur solo cedit). O que foi dono dos materiais nem por isso deixa de ser dono deles: mas entrementes não os pode vindicar, nem exercer, quanto a eles, a ação de exibição, em virtude da Lei das XII Tábuas, na qual se assegura que ninguém seja constrangido a retirar a viga alheia posta em sua casa, sim a prestar por ela o duplo. Com o nome de viga significam-se todos os materiais com que se fazem edifícios. Logo que, por qualquer causa, se arruine o edifício, então poderá o dono dos materiais vindicá-los, e agir *ad ezhibendura*‟*).* O

domínio dormia, quiescia; mas, entre os juristas romanos, como entre os intérpretes de hoje, não houve uniformidade na construção disse dominio desmunido de açdes especificas. Basta pensar-se em que, na L. 28, § 7, D., *de rei vindicatione,* 6, 1, se fala de *prior domina;* e na L. 2, C., *de rei viridicatione,* 3, 82, de *pristinua domina.*

A divergência foi determinada por mudanças econômicas e filosóficas, o que não levaram em conta os intérpretes do Digesto, cujas passagens

provem de épocas diferentes. Assim, B.WINDSCREID *(Lehrbnck,* , 9. ed., 974, nota 18), C. (1. VON WXCHTER *(Das Superficisr- oder Plolzrecht,* 20 e 26), G. DEMELIUS *(Die Ezkibitionsvflieht,* 100 s) e A. BRINZ *(Lekrbuch,* 1, 2.8 ed., 555 s.) viram na situação propriedade quiescente, dormente, interinal, o que seria interpretação das XII Tábuas e do texto de GAIO. Como raro ocorre a separação dos materiais, exsurgiu a *actio de tigno iuncto,* pela qual o proprietário dos materiais podia exigir ressarcimento do duplo do valor deles. (Â verdadeira explicação científica da situação criada pela Lei das XII Tábuas é a do direito de propriedade desmunido de ação reivindicatória e de exibição, tanto assim que reconhece a ação *de tigno isneto.)* Diante do direito que se estabelecera) proculeianos) como Siuvio SULFICIO) LABEXO e PRÓCULO, comportaram-se como lhes permitia a convicção filosófica, sob o influxo da gnoseologia peripatética, que põe antes da substância a forma, Na L. 26, pr., D., *de adquirendo rertm domínio,* 41, 1, insere-se texto de PAULO que nos dá conta do que pensavam os proculeianos: (se com minhas tábuas fizeste nave) a nave é tua, pois que não subsiste o cipreste, como também não a lã, feito o vestido) mas foi feito corpo de cipreste ou de lã. Próculo indica que observemos esse direito que fez feição a Sabino e Labeão: no em que se atenda à própria qualidade, se algo se adicionou, cede ao todo (in quibus propria qualitas exspectaretur, si quid additum erit, toto cedit), como o pé, ou mão, à estátua, o pires, ou a asa, a taça, o suporte à cama, a tábua à nave) os materiais ao edifício: pois todos são de quem foram antes‖. No § 1.0: —A árvore, arrancada com raízes e plantada noutro campo, é do dono anterior antes que se agarre; logo que agarrou, cede ao campo) e) se de novo tiver sido arrancada, não volve a seu dono anterior, porque é de crer-se que se converteu noutra árvore com o alimento de outra terra‖. No § 2.0: —Se houveres tingido com púrpura minha lã, disse Labeão que não obstante é minha, porque não há qualquer diferença entre a púrpura e a lã que houverem caído no lodo ou na comida, e assim houverem perdido a côr pristina‖. A propriedade, para os proculeianos, peripatéticos, está perdida. —Qualitas‖ está, no texto, por acaso. O estóico PAULO foi quem nos transmitiu o pensamento dos velhos juristas.

O primeiro critico da concepção de LABEXO foi CÂSSIO (L. 23, § 5, D., *de rei vindicatione,* 6, 1; L. 27, § 2, 1)., *de adquirendo rerum domínio,* 41, 1). Na L. 27, § 2, no caso de serem dois os donos de partes unidas por soldadura, Cissio entendia que se haviam de avaliar as partes para se saber a qual delas a outra cede. Se não cabe acessão, a massa pertence a cada um dos donos. (A expressão —accessioni)‘, em —si neutra alteri accessioni est‖, deu causa a alguns juristas modernos falarem de

—accessório‘) e —não accesório)‘, o que de modo nenhum se enquadra ai.) Os néo-estóicos, mais seguros de si, prosseguiram em sua atitude filosófica.

Quanto às plantações, GAIO (II, 73 e 74; L. 9, pr., EL, *de adquirendo rerum domínio,* 41, 1) sôniente admitia a *exceptio do mali* contra o proprietário que adquiriu de má fé as plantas. A filosofia de ARISTÓTELES influiu em VAITO, LABEXO e NNVÃ *(e. g.,* L. 9, § 2, D., *de drimno infecto,* 39, 2). A filosofia estóica em PAULO (L. 88, D., *pro socio,* 17,2; L. 53, D., *de rei vindiccstione, 6)* 1), inclusive quapto à *vindicatio partis* e *à acUo communi divWundo* (P. SOKOLOWSRI, *Die Philosophie im Privatrecht,* 1, 156 s.).

Quanto à *satio,* tudo se passou à semelhança da *plantatio.*

4.—SUPERFICIES SOLO CEDIT‘). Se a coisa móvel se é‘ tornar parte integrante, essencial ou não-essencial, do imóvel, a parcialização surte todos os seus efeitos, ainda que a coisa móvel seja de maior valor *(Super/ides solo cedit* 1). O proprietário da coisa imóvel obtém a propriedade da nova parte integrante. Os direitos reais limitados existente sobre a coisa imóvel, *e. g.,* a hipoteca, estendem-se àquela parte. A propriedade dos bens móveis e demais direitos que sobre elas incidem extinguem-se. Quanto às partes integrantes não-essenciais e às pertenças, há dispositividade, confirmada nas regras jurídicas dos arte. 716 (usufruto), 745 (uso) e 748 (habitação). O artigo 811, referente à hipoteca, também é dispositivo. É ponto que merece toda atinção devido a diferenças em relação a outros sistemas jurídicos *(e. g.,* ao alemão, MARTIN WOLFF, *Lekrbuch,* III, 224). Todavia, é preciso atender-se a que as acessões que tornam essencial a parte integrante não podem ser afastadas por disposição em contrário, que somente teria eficácia obrigacional) uma vez que, operada a essencialização, está excluida a separabilidade, material e conceptualmente. Por isso mesmo, a reserva de propriedade, por parte dos construtores, ou reformadores, a respeito de materiais de construção, á, em direito das coisas, *ineficaz.*

5.CONTEÚDO DOS AITTS. 547-549 DO CÓDIGO CIVIL. As sementes, plantas e construções acedem ao solo, sem que se haja de discutir boa fé ou má fé por parte do proprietário ou de quem semear, planta, ou constrói. Diz o art. 647: ‗Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde) em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem direito à indenização. Não o terá, porém, se procedeu de má fé, caso em que poderá ser constrangido a

repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos‖. No direito anterior ao Código Civil, abria-se exceção ao principio da acessão das sementes, plantas e construções ao solo, se o preço delas era maior que o desse ou se se fizeram à vista do dono (cf. 1.8 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo) 25 de outubro de 1929, *R. dos T.,* 78, 85; 2.8 Câmara, 1 de agosto de 1930, 75, 100; Câmara Cível da Côrte de Apelação de Minas Gerais, 29 de janeiro de 1936, *1?. F.,* 66, 557; 2.8 Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 1 de abril de 1946, 107, 507). Não há mais as exceções.

O art. 547 é regra jurídica cogente, se alude a partes integrantes essenciais; dispositiva, se a partes integrantes não são essenciais. O proprietário ou o possuidor pode estabelecer que alguém semeie, plante) ou edifique, sem que a acessão se de (cp. art. 59, que é *ius dispositivum,* cf. Tomo II, §§ 127, 10, 143, 1, 145, 2, e 149, 1; sem razão, a. 2.

Câmara Cível do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de março de 1938, E. dos *T.,* 114, 166), cabendo-lhe *jus toflendi* e direito de retenção, ou opção; porém não há dispositividade se ocorreu a essencialização (Tomo II, §§ 127, 10, 128, 1, e 124, 3). O problema foi, desgraçadamente, mal posto na jurisprudência, por se haverem fito os olhos nos arte. 59 e 547-549, que não dizem respeito à mesma coisa, razão por que se quis fossem dispositivos os arte.

547-549, que, se referem a partes integrantes (cp. art. 43, 1-111), e o art. 59, que concerne a pertenças e, por interpretação, às partes integrantes não-essenciais.

Quanto à indenização e a reposição no estado anterior é que intervém a apreciação da boa ou da má fé (= =ciência prévia da indenizabilidade ou ciência prévia da não-indenizabilidade). As espécies são três: a) semeador, plantador e construtor de boa fé e proprietário de boa ou de má fé (artigo 547, 1. parte); b) semeador, plantador e construtor de má fé e proprietário de boa fé (art. 547, 2. parte); *o)* semeador, plantador e construtor de má fé e proprietário de má fé (art. 548)7

a) Segundo o art. 547, quem semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem direito à indenização, se o fez de boa fé (,sendo que se lhe ordenai-lhe dira isso, ou de fazer, S‘ câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 18 de outubro de 1946, *A. J.,* 81, 116).

indenizacão conforme os art 9,. a) A diferença é relevante no que concerne a poder ser constrangido o possuidor de má fé a repor as coisas no estado anterior e pagar os prejuízos (artigo 547, 2. parte) . A resposta é negativa. b) Resta saber-se se o art. 519 é invocável em se tratando de benfeitorias, porém não de construções, plantações e semeaduras (art. 547, *verbis* tem direito à indenização‖, isto é, do valor ao tempo da indenização; art. 516, *verbis* —indenização das benfeitorias úteis e necessárias‖, art. 517, —ressarcida somente as benfeitorias necessárias‖, art. 518, *verbis* —se ainda existirem‖, e art. 519, *verbis* —tem direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo‖). A jurisprudência o, de art.549 se decide que sim (Câmara Civel do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de junho de 1943, 146, 163:

—Os executados foram obrigados a entregar ao exequiente os imóveis que ocupavam, perdendo as construções levantadas no terreno, sem qualquer direito a indenização, porque não lhes foi reconhecida a boa fé. o proprietário podia optar pela demolição dos prédios e reposição das coisas no estado anterior e exigir o pagamento dos prejuízos verificados. Preferiu, contudo, receber as construções feitas pelos executados. Assim agindo, não -tem direito a qualquer indenização por prejuízOS sofridos, a dizer, a perdas e danos, que correspondem a esses prejuízOS. porque já ficou pago com o valor das construções, que não foi obrigado a indenizar. Adquirindo a propriedade das construções já está devidamente indenizado‖; 2.0 Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de agôsto de 1949, 182, 796). .

c) Terceiro ponto é o referente ao jus *tollendi,* que tem o possuidor de boa fé, no tocante às benfeitorias voluptuárias (artigo 516, 2~a parte), e não no tem o que semeou, plantou ou construiu, mas, aí, falta, necessariamente, o elemento de voluptuariedade, se não se trata de benfeitoria. *d)* Quarto ponto é o do direito de retenção, que se dá ao possuidor de boa te, quanto ao valor das benfeitorias necessárias e úteis (art. 516, 3.~ parte), e não ao que semeou, plantou ou construiu (art. 547; 1? Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 1943, *Á. J.,* 65, 405), sem ser -possuidor.

A verdadeira solução é a seguinte: os arts. 516-519, que cogitam da responsabilidade do possuidor que restitui a posse, tinham de atender ao que foi beneficio ao prédio, necessário, útil ou voluntário, e deram as regras jurídicas; se não trata de restituição de posse, incidem os arts. 547-549, sem se poder Ir buscar qualquer elemento de interpretação às regras jurídicas dos arts. 516-519, só referentes a possuidores.

A indenização, a que se refere o art. 547, e do valor da construção no momento, e não o ressarcimento por perdas e danos (3.8 Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de julho de 1933, *1?. dos T.,* 89, 288), que pode ter, aliás, outro fundamento para se pedir.

O que adquiriu do legitimado à indenização a semeadura, plantação ou construção sucede-lhe na pretensao contra o proprietário (3.8 Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de março de 1949, *R. dos T.,* 161, 652).

b)O que de má fé (=sabendo que o proprietário não o encarregou ou não o encarregaria) semela, planta ou edifica, não tem direito à indenização e pode ser constrangido a repor as coisas no estado anterior.

c) Se proprietário e co-proprietário estavam de má fé, há acessão e indenização (= =ressarcimento do valor das benfeitorias). É o que diz o art. 548: —Se de ambas as partes houver má f é, adquirirá o proprietário as sementes, plantas e construções, com o encargo, porém, de ressarcir o valor das benfeitorias‖. No parágrafo único: —Presume-se má fé no proprietário quando o trabalho de construção e lavoura se fez em sua presença e sem impugnação sua‖.

Não é preciso que o proprietário veja as semeaduras, plantações e obras; basta que saiba que se está semeando, plantando, ou construindo.

Diz o art. 549: —O disposto no artigo antecedente aplica-se também ao caso de não pertencerem as sementes, plantas ou materiais a quem de boa fé os empregou em solo alheio‖. E o parágrafo único: —O proprietário das sementes, plantas ou materiais poderá cobrar do proprietário do solo a indenização devida, quando não puder have-la do plantador ou construtor‖. Se há contrato entre proprietário e plantador ou construtor, ou outro ato jurídico, de que resultou a semeadura, plantação ou construção, é que tem de ser observado, e não o art. 549, ou seu parágrafo único (2.8 Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 22 de março de 1943, *R. F.,* 95, 607: —O art. 549, parágrafo único, do Código Civil pressupõe construção feita em terreno alheio sem contrato, sendo esta a razão de haver uma indenização devida pelo proprietário do solo. Nenhuma indenização é devida pelo proprietário do solo, se contratou pagar determinado preço pela construção. Quem vende materiais ao construtor deve cobrar dêsve o respectivo preço e não indenização do proprietário do solo‖). Todavia, o parágrafo único incide ainda que haja relação jurídica negocial entre o plantador ou construtor e o terceiro: a ação é

proponível contra o proprietário, alegado e provado que não se pode, totalmente, *executar* (—cobrar‖) o plantador ou construtor (sem razão, a *4~8*

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 29 de outubro de 1931; *R. dos T.,* 80, 430).

Se se desfaz a acessão, a propriedade não reverte ao proprietário anterior.

6. RESERVA DE DOMÍNIO E ACESSÃO. O Decreto-lei número 1.027, de 2 de janeiro de 1939, art. 1.0, estatuiu: o contrato de compra-e-venda, de natureza civil ou comercial, com reserva de domínio, para valer contra terceiros, deverá ser transcrito no todo ou em parte, no registro público de títulos e documentos do domicilio do comprador‖.

Trata-se de contrato, consensual, com entrega de coisa móvel. A propriedade não se transfere ao comprador. O

acordo de transmissão integra a tradição hábil ao efeito dos arts. 620422 do Código Civil (cf. Código Comercial, arte. 199 e 200). O art. 1.0 do Decreto-lei n. 1.027 de modo nenhum é exceção aos artigos 545-549. Os arts. 545-549

são cogentes, desde que se trate de partes integrantes essenciais (Tomo II, § 127, 10). As empresas fabricantes ou vendedoras de máquinas que se reservam a propriedade da maquinaria instalada não podem pretender que, tornadas partes integrantes essenciais, não lhe adquira a propriedade o proprietário do prédio, ainda se há má fé. Não importa se o proprietário sabia, ou não, da existência da reserva de domínio, ou se estava de boa ou de má fé. Nem é preciso o assentimento do proprietário (K. KoBER, *J. v. Staudin gera Korn.mentar,* III, 403).

7. —QUOD SOLO INAIDIFICATUR SOLO CEDIT‖. Diz-se no art 545: —Toda construção, ou plantação, existente em um terreno, se presume feita pelo proprietário e à sua custa, até que o contrário se prove‖. Nada tem o art. 545

com a aquisição por acessão. A tradição romana assaz rigorosa, revela-se nos arte. 546-549. O principio *Quod solo inasdificatur* solo *cedit* não era regra jurídica de presunção, nem no é no Código Civil brasileiro. Há argumentos contra a solução francesa da simples presunção legal, inclusive o de que com isso apenas se da ônus da prova ao interessado contra a presunção. A fórmula romana, disse-se, deixava sem a devida

atenção o interesse de quem plantou ou construiu em terreno alheio, devidamente ressalvada a não-conjunção jurídica. No direito italiano de agora (art. 934) pôs-se o principio na sua pureza romanística (V. *Teoria da li Proprietade,* II, 73; E.EONFANTE, *Corso di Diritio romano,* II, 2, 68), mas logo se acrescentou: —salvo quanto é disposto dagli articoli 935, 936, 937 e 938 e salvo che risulti diversamente daí titolo o daíla lene‖. É de notar-se que os arts. 935-937 não derrogam o art. 934, como poderia parecer. O art. 938, sim: ai, a propriedade da construção executada, de boa fé, em parte do solo de outrem, é atribuida ao construtor, como a própria parte do terreno. A referência ao que ao contrário se dispôs no título ou na lei somente se pode entender ao direito de superfície, que há no sistema jurídico italiano, e *à servitus asdificandi.* A alusão à lei é apenas explicitativa, porque a lei especial, que admita outra solução que a do principio romano, necessariamente limita a incidência do principio.

O direito brasileiro foi mais prudente. Pos-se o principio *Quod solo inaedifieatur solo cedit* (art. 43, III), prevendo-se que possam ser, depois, mobilizados os bens acedidos (art. 45), se bem que, se provisoriamente separados do prédio, tal mobilização não ocorra (art. 46). Nos arte. 546-549 foram consideradas as espécies em que há boa fé ou má fé, ou de um só dos interessados, ou de ambos, mas supondo-se que a acessão se dá em qualquer caso. Temos, pois, a solução romana, em toda a sua pureza. Todavia, é preciso advertir-se em que se pode construir sem acessão, como se o dono do terreno apenas o prepara, temporariamente, para festas e emprega material de outrem, ou se plantou ou deixou que se plantasse no terreno .somente para mudas. Em verdade, os arts. 545-549 não enunciam o princípio da acessão; supõem-no. O de que tratam eles é da indenizabilidade, atendida a circunstância da boa ou má fé do que construiu ou de ambos os interessados. Se a construção foi para fim transitório, ou se não houve a conjunção, o princípio *Quod solo inaedificatur solo cedit* não incide.

O art. 545 contém regra de presunção, de certa relevância se o proprietário é o possuidor, porque dá o ônus da prova ao que entende que não foi o proprietário que construiu ou plantou e a sua custa, e, se o proprietário não é o possuidor próprio, porque põe o possuidor, que tem de restituir a coisa, com o ônus de alegar e provar que construiu ou plantou (cp. arts. 516-519). Poder-se-ia discordar do fundamento do art. 545, em se tratando de proprietário sem posse; todavia, o que mais acontece é que o possuidor já tenha encontrado benfeitorias e plantações.

Se o proprietário semeou, plantou ou edificou no terreno, com

sementes, plantas ou materiais alheios, adquire a propriedade dessas sementes, plantas e materiais, mas tem de indenizar o valor delas (responsabilidade ainda sem culpa!) ; e, se dolosamente o fez (= =de má fé), responde por perdas e danos. Não se pense, ai, em responsabilidade pelo enriquecimento injustificado, como, sem razão, insinuou a Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 18 de junho de 1934 *(Á. .1.,* 81, 481). Se as sementes, plantas, ou materiais foram fornecidos pelo dono, ou Estado, mediante negócio jurídico com o proprietário, não há invocar-se o art. 546: passa à frente a relação jurídica negocial (Câmaras Reunidas do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 18 de outubro de 1939, 3., 16, 107: —Não se trata, portanto, de indenização decorrente da aquisição de materiais por acessão ao solo devida pelo senhor do mesmo, que é a hipótese prevista pelo art. 546 do Código Civil, mas de pagamento proveniente de compra e venda, que somente do comprador pode ser exigido. Nem há, por parte do réu, locupletamento indébito no presente caso, porque, conforme afirma, apoiado em testemunhas, sem que fosse contestada a sua afirmação, pagou quase integralmente o preço da obra, que recebeu inacabada, por haverem fugido os seus empreiteiros. Assim, são os executores da obra os responsáveis exclusivos pelo pagamento do material adquirido aos autores e empregado na mesma, conforme reconhece o acórdão embargado...‖). Veja Tomo X, § 1.028.

8.INCORPORAÇÃO E ART. 43, III, no Códico CIVIL. Para o_direito brasileiro, o que importa é que o material de construcão ou plantação se haja incorporado ao imóvel (art. 43, II), de modo que se não possa retirar sem destruição, fratura ou não houve a acessão. A propriedade do .material está perdida, ou a das sementes, ou mudas, ou galhos, ou pedaços germináveis, se acessão houve. Se não houve, o proprietário do material, ou dos elementos da plantação, é proprietário como qualquer outro e tem as pretensões, ações e exceções que correspondem ao seu direito real. A prescrição ou a preclusão que a qualquer delas se estabeleça não tem qualquer particularidade, nem acertado seria, *de iure conden* do, que tivesse (cp. Código Civil italiano, art. 935, alinea 2, que fixou prazo preclusivo à ação de reivindicação).

A indenização fundada nos arts. 546, *verbis* —fica obrigado a pagar-lhes o valor‖, 547, *verbis* —tem direito à indenização‖, e 548, *verbis* —a indenização devida‖, é do valor corrente ao tempo em que se deu a. acessão, isto é, àquele tempo em que nasceu ao perdente da propriedade a pretensão à indenização *ex lege.* A respeito discute-se se pode o proprietário, ao invés de indenizar, restituir o material ou o elemento de plantação, ou dá-los da mesma natureza, qualidade e

quantidade. Ora, o art. 48, II, *sedes materiae* da acessão (cp. art. 536, V), supóe que a conjunção se haja dado a ponto de não se poderem retirar as construções e plantações —sem destruxção, modificação, fratura ou dano‖; de jeito que, se houve acessão, foi porque tais pressupostos ocorreram *(qucietio facto.* No sistema jurídico brasileiro não há a distinção entre acessão separável e acessão inseparável, nem a reivindicabilidade *medio tem pore:* houve, ou não houve acessão; se o proprietário do terreno quer restituir, ou se o que se diz proprietário do material, sementes ou outros elementos de plantio quer reivindicá-los, só se tem de indagar se houve, ou não, acessão. Quanto à indenizabilidade em natura, só o negócio jurídico da dação em soluto pode substituir ao dinheiro o equivalente em coisa, ou coisas da mesma espécie.

a) ao proprietário do terreno que semeou, plantou ou construiu com o que era alheio, se estava de má fé: indeniza e responde por perdas e danos; *b*‟*)* ao que. de má fé. semeou. plantou ou construiu em terreno alheio no ter -

constrange a repor as coisas no estado anterior e responde por perdas e danos (art. 547, 2.~ parte, *in fine:* —e a pagar os prejuízos‖)

Terceira espécie é a da concorrência de má fé: se ambos os proprietários estavam de má fé, só se ressarce o valor das benfeitorias (art. 548)

No direito brasileiro, só há *jus toilendi* do proprietário dos bens móveis, se ainda não se deu a acessão. Se ainda não ocorreu, não há prazo preclusivo ao *jus toltendi,* fora do que resulta da alegação de prescrição da ação de reivindicação ou da alegação de usucapião, segundo os princípios que regem a essa. Se já ocorreu, não há *is toliendi* onde não mais há direito de que se irradiasse.

§ 1.206. EDIFICAÇÃO E PLANTAÇÃO

O conceito de terceiro, no art. 549, é o de pessoa que não é o dono do terreno nem a outra pessoa que semeou, ou plantou, ou construiu: uma, a), era o dono do terreno, outra, *b),* quem semeou, plantou ou construiu, e outra,, *e),* quem era dono das sementes, plantas ou materiais. A acessão ocorreu segundo os princípios.

9.MOMENTO DA AQUISIÇÃO. Â aquisição da propriedade, por parte do proprietário do fundo, dá-se ao se tornar definitiva a conjunção.

Tratando-se de plantação, esse momento em que as raízes se cravam no solo, ou, em caso de sementeiros sementes se misturam com a terra. que se tornaria difícil apanhá-las, ou, em caso de construção, o em que se ligam ao terreno, ou se usam nele, misturando se, os materiais, ou o em que se da a integração, como parte, ao edifício. Com a aquisição pelo proprietário do terreno cessa todo direito real do proprietário dos materiais. de modo que não pode vir a separacão deles. nem reivindicá-los.

A conjunção por alguma causa posterior, nem impressso_ressurge a propriedade da pessoa a quem pertenciam os materiais] Não temos no sistema jurídico brasileiro essa *prpriedade quiescente,* ou *revivescente.* Em direito romano, assim aconteceria (L. 7, § 10, *O., de adquirendo rerurn dorninio,* 41, 1; L. 23, § 7, O., *de rei vindica.tiofle,* 6, 1; L.

2, C., *de rei vindicatione,* 3, 82). A construção seria a de aquisiçao interinal, cessável (C. G. VON WXCETER, Akzession, *Rechtslexikon,* 1, 20 e 26; EI. DEMELIUS, *Die Exhibitionsphlitht,* 100 s.; A. BRINZ, *Lehrbuch,* , 2. ed., 555 s.), sendo que empregaram alguns a expressão —revogável‖ como se houvesse alguma *vox,* na acessão, que se pudesse retirar. Ou seria a de direito quiescente (ruhendes Recht, cf. GATO, IV, 78; A. BECEMANN, *Das* lus postliminii, 20 5.; veja Tomo V, §§ 534 e 587, 1). Assim, J. BÃxON *(Die GesamtrechtSVerhi~iltfltSSe,* 89), E.

ZRODLOWSKI *(Das rãmi.sche Privatrecht,* II, 96 s.), e A. BECHMANN *(Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Áccession,* 40 s.), que aliás não via aquisição pelo dono do prédio, mas reivindicabilidade, o que não se poderia, diante das fontes, admitir, cf. C. O. VON WXCHTER *(Das Superficiar- oder Platzrecht,* 10). No direito brasileiro não se cogitou de quietude do direito, que apenas se amortecesse; a aquisição é definitiva. No direito ad exhibendum agere‖ logo, se, por alguma causa, se arruinou o edifício, poderá o dono dos materiais reivindicá-los então e exercer a ação de exibição. Direito subjetivo, que permanecia, desprovido de pretensões e podado de duas ações. Sente-se o apêgo do jurista GAIO, um sabiniano! Um proculeiano, como (L. 49, § 1, D., *de rei viudicatione,* 6, 1), diria:

—minha propriedade é o que posso (rei)vindicar‖, *Metem est, quod ex re mea superest, ruins vindicaudi (tia habeo.*

2.INFLUÊNCIA ESTÓICA. Na L. 28, 8 5, D., *de rei viredicatione,* 6, 1, diz-se que não podem ser reivindicadas as coisas que, juntas ou agregadas a outras, cedem a essas outras, mas os donos delas podem

exercer, a respeito delas, a ação de exibição, para que se separem (ut separentur) e então se vindiquem (et tunc vindicentur). Mas e aqui começa a influência da filosofia estóica, através de CÂssIo se a uma estátua sua, escreveu Clamo, se uniu braço com solda (ferruminatio), autógena, perde-se 4sse, pela união a parte maior, e o que uma vez se fez alheio, ainda que se arranque, não volve a ser do primeiro dono. Não acontece o mesmo se se uniu com chumbo, porque a solda com a mesma matéria produz a confusão, o que a chumbagem não produz. Outro passo em que o pensamento de CÂssio aparece é a L. 27~ § 2, D., *de adquirendo rerum domirejo,* 41, 1, onde se lê: —Quando partes que são de dois donos estiverem unidas por solda autógena, se se inquire a qual dos dois cedem elas, diz Cássio que se há de proceder à estimação com base na porção ou no preço de cada parte. Todavia, se nenhuma é acessão da outra, vejamos se se há de dizer que é de um e de outro, como massa confusa, ou daquele em cujo nome foi soldada. Mas opinam Próculo e Pessoa que a coisa permanece sendo de cada um, *suam cuins que rem manere".* Ve-se bem a diferença de tratamento da *massa confusa* por parte de PRÓCULO e de CÁSSIA.

3.O. EI. VON WÁCHTEZ, EI. DEMELIUS, A. BECHMANN, B. WINDSCHEID. Naturalmente, qualquer um de nos, diante da ressurreição dos direitos, ou das ações do dono dos materiais, perguntaria de onde ressurgiram aqueles direitos, ou ressurgiram aquelas ações. Os juristas modernos tentaram responder. construindo o que estava no pensamento dos juristas romanos.

O. G. voN WICHTEE *(Rechtalexikolt,* 1, 20) e, depois, EI. DEMELIUS *(Die Exhibitiolt&PfiiCht,* 100) falaram de propriedade revogável; A. BECHMANN *(Zur Lehre voin Eigentumser"werb,* 40 e.) entendia que o proprietário do fundo teria a reivindicação; B. WINDSCHEID *(Lehrinwh, 9."* ed., 1, 974) falou de propriedade tepousada. Note-se a ânsia de simetria: o proprietário dos materiais não perderia o seu direito, perderia a ação; e a ação nasceria em quem não tinha o direito. Nem os próprios Romanos representavam o fato da mesma maneira (L. 7, § 10, D., *de adquireitdo rei-um dornÂnio,* 41, 1; L. 59, D., *de rei vindicatione,* 6, 1).

4.PRINCIPIO SINTÉTICO. O principio sintético ao da acessão do edifício do alheio ao solo é o *principio da indenpendencia do edificio se houver consentimento.* Quanto aos bens públicos, tal era o nosso direito, que o Âlvará de 26 de outubro de 1745, alusivo ao de 15 de julho de 1744, confirmava, estendendo-o às casas edificadas em solos particulares. Anunciação de obra nova exercia a sua função típica,

impedindo que obra —independente‖ ficasse sobre o solo de outrem. Formou-se a doutrina de que, estando de má fé, ou aquiescendo o proprietário do solo, e pois não embargando a obra nova, o edifício concluído ficaria *inacedido,* pela conservação da independência dos materiais.

Haveria, apenas, o direito à justa indenizaçk. Os juristas portuguêses recorriam a J. Vori e a GROENEWEG. Está assim decidido em MANUEL ALVARES PÊGAS *(Commentaria ad Ordinationes Regni Portugaiiae,* VII, 105 e 102), DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL *(Tractatus de Donationibus,* Livro III, C. 8, ns. 40 e 41: —quando aedificium vaide utile facienti, et aedificanti factum fuit iii solo alieno, non destruitur, si nihil, parumve noceat domino sou‖) e FELICIARO DA CUNHA FLIIÇA *(Ãdditiones aureae que lilustrationes,* II, 816: —quando aedificium valde utile facienti, et aedificanti fuit factum in solo alieno, non destruitur, si nibil, vel parum noceat domino .li... et ratio est, quia interest publico non destrui asdificia, cum ad decus urbis pertineant...‖). Antes deles, AGOSTINHO BOÉA Também se não admitia a demolição, nem a acesso, se o solo era de pouca monta e o edifício de muito valor (Muto FREtE, *lreetitutionea,* III, 25): ai, a *priori praevalenffor* deveria decidir.

5.ACESSO NO PRÉDIO. Sempre acedia e acede o edifício ao solo: se no terreno de que é usufrutuário, ou usuário, ou credor anticrético o dono dos materiais; se feito pelo comprador com o pacto *de retrovendendo,* ou em outro prédio sujeito a restituição (MANUEL ALMEIDA E SOUSA, *Casas,* 82).

Quanto à espécie (b), estatui o Código Civil, art. 546:

—Aquele que semeia, planta, ou edifica em terreno próprio, com sementes, plantas ou materiais alheios, adquire a propriedade destes; fica obrigado a pagar-lhes o valor, além de responder por perdas e danos, se obrou de má fé‖. Se também estava de má fé o dono dos materiais, o proprietário do terreno adquire as sementes, plantas e construções, com encargo, porém, de ressarcir o valor das benfeitorias (art. 548).

§ 1.209. (c) e o dono dos materiais constrói em terreno alheio

1.PROBLEMA DE TECNICA LEGISLATIVA. Se alguém edificou,.semeou. ou planto em terreno alheio. não esta de posse se

expõe a perder. A atitude do dono do terreno é de importância. Ou anuiu, aqui que se levanta a mais grave questão: se o edifício passa a ser parte integrante do terreno.

2.—A PRIOR‖, QUAIS AS SOLUÇÕES. *Á prior,* seriam soluções técnicas: 1) a) perder o construtor tudo que fez porque invadiu o terreno alheio, exerceu nele atos que só o proprietário poderia exercer *(Superficies solo cedit),* sem se indagar do que ocorria na psique do dono do terreno ou do dono dos materiais, mas *b)* volvendo em caso de demolição ou ruína; *2)* perder o construtor tudo que fez, salvo se na psique do dono do terreno acontecia algo que valia aquiescência, isto é, se ele anuiu em que, fazendo a obra, os materiais conservassem a independência que tinham, ou que o edifício novo surgisse independente; 8) perder o construtor tudo que fez, salvo se, pelo menos, o dono do terreno, sabendo-o, não se opôs (a frisar-se, ai, a diferença entre o silêncio ou inação como declaração de vontade presumida, que bastaria nessa solução e não bastaria na anterior); 4) perder o construtor tudo que fez ou pagar a indenização, o que importaria em se ter sempre como *pars praevaleittioi-* o terreno; 5) perder o edificador o edifício, ou indenizar, se o edifício é de mais valor que o solo, porém não o valor de afeição *(ire qua pretiurti ali ectionis non cadit);* 6) perder o edificador o edifício, se de má fé (não ciente de que era alheio o terreno; 7) não perder o edifício se o construiu em terreno alheio que cria ser seu; 8) perder o edifica-dor o edifício; mas, em caso de boa fé, ter direito a ser reembolsado dos materiais e mão de obra, e, em caso de má fé, ficar com o edifício o dono do terreno *ou* indenizar.

8.DIREITO ROMANO. .No direito romano alguém houvesse edificado, com materiais seus, em apto alheio, o edifício fazia-se daquele que era dono do solo era entender-se dos materiais; assim, ainda que viesse a arruinar-se o edifício, não lhe competiria a reivindicacão de seus materiais. Quanto a indenização, ficando com o edifício. o dono do terreno teria de indenizar materiais e mão de obra. cabendo ao que os perdesse a exceção de dolo mau *(ezcevtio dou mali).* se não sabia que o terreno era alheio; porque, se o sabia, tem ele mesmo a culpa de haver perdido. O

texto, que diz isso, é de GAIO (L. 7, § 12, D., *de ad quirendo rerutn dominio,* 41, 1), assaz significativo como pega de filo-sol ia e de doutrina, para que o não reproduzamos: —Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, lílius fit aedificium, euius et solum est, et, si scit alientim solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materise intellegittir: itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio

elus materiae competit‖. Vimos antes a espécie (b) e a atitude de GAIO: o —Ex diverso. . .— refere-se ao que se dissera nos parágrafos anteriores da L.

7, sobre construção com materiais alheios pelo dono do terreno.

A passagem foi repetida no 1 80, 1., *de rei-um duvisione,* 2, 1, mas discorda das fontes, que conservavam aquile respeito, aquela inquebrabilidade do direito de propriedade, típica dos sistemas jurídicos antigos. Salvo má fé do construtor em terreno alheio, a propriedade apenas *repousava* (expressão que não é técnica e vemos em B.

WINDSCHEID, *Lehrbuch, 1, 9.* ed.r 974, nota 13).

Na L. 2, pr. e § 1, C., *de rei vindicatione,* 3, 32, que foi de Severo e de Antonino, lê-se: Se podes provar que te pertence a parte inferior do edifício, que está unida ao solo, não há dúvida *(non ambiguitur)* que acedeu a teu domínio a que teu vizinho construiu sobre ela. Mas também te pertence, de direito, o que se edificou em solo teu, enquanto permanece no mesmo estado (quoad in eadem causa manet). Mas, se foi demolido, os materiais volvem ao domínio primitivo (note-se o quanto é forçado esse —ao domínio primitivo‖, *ad pristinum dominium,* que evita o aludir-se ao —dono primitivo‖ e deixa o quebra-cabeças de propriedade *que ressuscita),* quer o edifício houvesse sido levantado de boa fé, quer de má fé, salvo se foi construído com ânimo de doação: —sive bona fide sive mala fide aedificium extructum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint‖. Essa, sim, era a doutrina do direito romano, não a de GAIO. Portanto, a solução (n. 2) que se adotou foi a solução 1), lO. A de GAIO teria sido a solução 1), *a),* extremamente radical, com o problema da indenização resolvido em termos do que se passara na mente do construtor. Porém a argumentação de GAIO, com a tendência da sua filosofia, não logrou fazer-se *direito.*

Nem há conciliação possível. A propriedade só se perdia *definitivamente* se houve ânimo de doar ou renúncia. A má fé era fraca para a perda da propriedade:mais alto erguia-se essa que a consideração ética daquela. GAIO era sabiniano.

4.PROPOSIÇÕES DE A. BECHMANN, J. KOHLER, IVIELO FREIRE E MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA.

A. BECHMANN *(uwehre vom Eigentumser"werb,* 55 s.) lançara ao ar essas proposições expressivas: —A casa não é coisa‖ (Das Maus ist

keine Sache); —A casa é, talvez, valor patrimonial firmado em fundamento real, em combinação mecânica de móveis e alicerces e terreno‖. Porém não se podem admitir tais enunciados a *pi-iori.* Certo, durante a ligação, se há perda da independência dos materiais e de existência à parte (mais a mão de obra), não pode haver duas propriedades, a propriedade do todo e a propriedade dos materiais, que repouse, ou dormite, *dominium dormiria,* ou morra para ressurgir (três noções caras aos primitivos).

JOSN KOHLER (Zur Lehre von den Pertinenzen, *.Jahrbiicher flir die Dogmatik,* 26, 50) viu nos textos romanos somente propriedade do todo e germe de outra propriedade, nova, pela *revristinaçtio* (cf. L. 6, pr., D., *de divisione rei-um et quatitate,* 1, 8, de MARCIANO; L. 14, § 1, *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1, de NERÁCIO). A repristinação traduz a intenção de fazer volver o passado, de restaurar o tempo perdido, de reviver, quanto possivel, o que passou; no que concerne ao futuro, não deixar que o presente se perca definitivamente. Isso obcecava as civilizações primitivas e marca, ainda hoje, nos regressivos, a vontade de ressurreição de direitos monárquicos, feudais, nobreza e riqueza perdidas e o gôsto da conservação artificial do ser humano.

MELO FREIRE *(Institutiones,* III, 25) admitia exceção ao principio da acessão do edifício ao solo alheio, se muito mais precioso aquele: —neque aedificia solo alieno bona fide superimposita solo sempre cedunt...; cum enim multo pretiosiora sint, quam solum, in quo pretium adfectionis non cadit, aequius est edificium exstructum aedificanti tribuere, aestimatione soli domina reddita‖. Com pequena variante, a solução 5).

MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Casas,* 80), que procurava, como bom jurista, os problemas, para os resolver, enfrentou a questão: e opõe à obra da espécie (c) —Se proprietário da casa, que nele se pretende edificar a nova obra, e provando o domínio dele que deve provar na nunciação, obsta ao seu progresso. e o edificado se remove. Se, algum faz Casa, proprietário Afinal sua contradicão. sem embarrar a nova obra e o edifício te conclui, não lhe resta outra ação que não seja a justa indenizado do solo ocupado‖. Isso ensinava VOTIO, mas aludindo a estatutos locais e costumes (—variorum locorum statutis ac consuetudinis‖). MANUEL DE ALMEIDA E SOUSÁ referiu o uso das nações e o estilo de julgar em Portugal.

Temos, assim que, segundo ele, a solução luso-brasileira seria a solução 3). Não se poderia tirar, somente da omissão de nunciar a obra nova, a perda, pelo dono do terreno, da acessão pela

iizaedifieatio; em verdade, porém, foi o uso das nações que determinou outro enunciado, desconhecido dos Romanos tal eficácia *anexa* da omissão de nunciar. O instituto da nunciação nada tem com esse efeito, que *outro direito* lhe anexou. Desde que se intenta fazer a obra em terreno de outrem, até que se conclui, pode ser embargada. É a *nunciação de obra nova.* E a sua finalidade é, no tempo intermédio, enquanto se não exercitam outras pretensões e ações, principalmente as que produzem coisa julgada material e as executivas (petitórias e possessórias), evitar que se inicie ou se prossiga na obra. A *operis novi nuntiatio* tende a suspender; não a ser afirmado, de modo definitivo, o (tu *prohibendi* do nunciante. Não há nunciação de obras já ultimadas. A vedação judicial de construir pode ser infringida, sem que ai se haja de apurar o direito, definitivamente (L. 1, pr., D., *de operiz novi nuntiatione,* 89, 1: —sive iure sive iniuria opús fieret‖). MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA ainda admitiu a não-acessão se o valor do edifício era muito maior.

5.OUTROS JURISTAS. COELHO DA ROCHA *(Instituições,* II, 88 s.) seguiu a MANUEL DE ALMEIDA E

SOUSA, sem se referir, porém, em especial, à nunciação de obra nova. BORGES CARNEIRO *(Direito Civil de Portugal,* IV, 216-220) compendiou tudo que encontrou de direito romano e de uso moderno, admitindo o prihcípio da acessão do edifício, porém também a repristinação, se de boa fé o construíra o dono da *pars praevar lentior.* Não se pode classificar a opinião do desembargador do Paço. Tinha todas; era só escolher, pela sutileza do caso.

LAFATETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 112) achava que a acessão se operava, com a obrigação de indenizar o edifício pelo valor atual, ou pelo custo, se o valor atual lhe era superior, sem se inquirir da boa ou da má fé; porém não se dava a acessão: se levantado às claras e em presença do dono do solo, sem impugnação; se valia muito mais do que o solo em que se construiu. Portanto, solução 3) e 5), combinadas, Acrescentava que, ficando ao edificador o edifício, teria de indenizar o valor do terreno. LACERDA DE ALMEIDA *(Direito das Coisas,* 1, 150-152 e 158), depois de assentar que se da a acessão, excluiu a repristinação, de que somente falou a propósito da espécie *b),* e admitiu reembôlso em caso de boa fé do edificador e opção do dono do terreno quanto à supressão (ou levantamento) *ou* conservação com o custo dos materiais e da mão de obra. Não é o direito romano, nem a opinião de GAIO.

É a opinião 8). Conforme se ve, bem vacilante a doutrina de outrora.

6.CÓDIGO CIVIL, ARTS 547-549. Quanto à espécie ‖estatui o Código Civil, art. 547: —Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, planta e construções, mas tem direito à indenização. Não o terá, porém, se procedeu de má fé, caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos‖. Se de ambas as partes houve má fé, o proprietário adquire as sementes, plantas e construções, com encargo, porém, de ressarcir o valor das benfeitorias (art. 548). No art. 549, pôs-se claro:

—O disposto no artigo antecedente aplica-se também ao caso de não pertencerem as sementes, plantas, ou materiais a quem de boa fé os empregou em solo alheio‖. Parágrafo único: —O proprietário das sementes, plantas ou materiais poderá cobrar do proprietário do solo a indenização devida, quando não puder have-la do plantador, ou construtor‖.

O art. 547, 2.ª parte, diz que o que semeou, plantou ou edificou, de má fé, em terreno alheio, pode ser constrangido a repor as coisas no estado anterior. Tal dever de reposição de modo nenhum significa que a propriedade não tenha passado ao dono do terreno. A acessão consumou-se. O ato de exigir a reposição no estado anterior (remoção + atos necessários à recomposição) não é ato de vontade *contrária à* aquisição, algo como revogação: não houve qualquer vontade anterior, que determinasse a acessão; não poderia haver vontade contrária; a vontade, que sobrevém à acessão, é exigência de adimplemente de dever alternativo, a favor do dono do terreno (sofrer a indenizabilidade, ou repor, indenizando prejuízos). plantou, ou alheios (de AI; a boa fé diretamente no tem (arg. ao art. 547, parágrafo único) e pode ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos. Diante do art. 545, os comentadores tem ficado confusos: ora dizem que o Código Civil não aceitou o direito real de superfície e admitiu o *Superficies solo cedit,* portanto, e não negam a propriedade à parte do edifício, a par de ficarem atentos à presunção elidível (cf. VIRGILIO DE SÃ PEREIRA, Da Propriedade, *Manual,* VIII, 200); ora tratam do art. 545 sem levar aos problemas as suas conseqüências *(e. g.,* CLÓvIS BEVILÁQUA, *Código Civil comentado,* III, 76) . Primeiro, o não haver no direito brasileiro o direito real de superfície não implica que o edil! cio não pudesse ser bem à parte. O art.

43 enumera os bens imóveis e não deu *principalidade* inexcetuável ao solo. Exatamente aí é que está a questão: se pode haver propriedade do edifício sem propriedade do solo, O art. 545 do Código Civil não serve para resolve-la: nele apenas se estabelece presunção *iuris tantum,*

que consiste em se ter de presumir *feita* pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário, a construção, ou plantação. É a construção que se presume feita pelo proprietário do terreno; não há presunção de que o edifício lhe pertence, porque é pela acessão que isso acontece: não há prova contrária de que o edifício pertence ao edificador, pois os arts. 545-549 examinam as espécies: Art. 546, l. parte, edificador, semeador, ou plantador, A, dono do terreno, e tido dos materiais, de boa fé; 2ª parte, de má fé. Art. 547, 1. parte, edificador, semeador, ou plantador, B, dono dos materiais, e *tido* dos terrenos, de boa fé; 2.

parte, de má fé. Art. 548, má fé em ambas as partes, quer no caso de ser edificador, semeador, ou plantador, A, quer no caso de ser B. (Parágrafo único, presunção de má fé em A.) Art. 549, edificador, semeador ou plantador, B, dono dos materiais, O. (Parágrafo único, pretensão de prestação, por parte de C, contra o dono do terreno.) O que edifica em todo ou parte de solo alheio perde a propriedade da parte do edifício que ficou em solo alheio, ou todo o edifício, se todo ele foi em solo alheio. Não há no sistema jurídico brasileiro regra jurídica que corresponda ao Código Civil italiano, art. 988, onde se diz: —Se nella costruzione di un edificio si occupa in buona lede una porzione dei fondo attiguo, e ii proprietario di questo non la opposizione entro tre mesi daí giorno in cui ebbe inizio la costruzione, l'autorità giudiziaria, tenuto conto deile circostanze, puo attribuire aí costruttore la proprietá dell'edtficio e Del suolo occupato. Ii costruttore é tenuto a pagare aí proprietario dei suolo ii doppio dei valore della superficie occupata, oltre ii risarcimento dei danni‖. Já assim era no Código Civil italiano de 1865, art. 452. Não há, no sistema jurídico brasileiro, tal exceção ao *Quidquid inaedificatur solo cedit,* exceção aliás eventual, porque a perda da propriedade do solo é que pode sobrevir em virtude de sentença judicial, com exame da na *iii iudicium deducta* (sentença de força constitutiva negativa). A *ra.tio legis* éevitar destruição de riqueza. Se consideramos que, no sistema jurídico brasileiro, sendo de boa fé quem construiu, a acessão se dá, mas o dono do terreno tem de indenizar, não vemos em que o regime brasileiro possa levar à destruxção de riqueza. Se estava de má fé proprietário do terreno e construtor, ainda são de indenizar-se as benfeitorias (art. 548). Se de má fé o construtor e de boa fé o proprietário do terreno, o art. 547 incide, com a *facultas* a favor do proprietário: ficar com o edifício ou parte dele, ou constranger o construtor a repor as coisas no estado anterior, pagando os prejuízos.

§ 1.210. (d) Trabalho em conjunto

1.SEM CONTRATO. Se o dono do terreno e o dono dos materiais, sementes ou plantas, edificaram, semearam, ou plantaram conjuntamente, não há apurar-se a má fé: ou houve contrato, ou não houve. Se não houve, ao proprietário do terreno tocam as sementes, plantas e construções, e pois tem direito às sementes, plantas e construções. Se houve contrato, observa-se ele.

Todavia, é preciso atender-se a que o que se torna parte integrante essencial definitivamente se torna tal; e, havendo acessão, qualquer direito a desprender é só no plano obrigacional, salvo construibilidade, na espécie, em direito das coisas.

2.CONTRATO. O contrato é inominado e tem-se de tomar as cautelas relativas à confusão, ao *ius toliendi,* etc.

§ 1211. (e) Obra feita pelos condôminos

1.NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. Se a obra foi feita pelo condômino na coisa comum, ou pelo comuneiro, se há comunhão *pro diviso,* ou nas porções comuns ou no terreno destinado a dependência de uso comum, pertence à comunhão, sendo os condôminos, ou os comuneiros donos de quotas na obra, conforme os seus quinhões. Isso ensinou MANUEL ÁLVARES PÉGAS, comentando a Ordenação do Livro 1, Título 68, § 23, e nas *Quaestiones Forenses* (1, 368), onde cita (1, 362) o julgado do Desembargo do Paço, de 21 de janeiro de 1681, que diz: assim, na incerteza do co-herdeiro, a quem poderão acontecer em quinhão, ficam todos os co-herdeiros tendo nelas *pro indiviso* o domínio, pela qual razão o embargante podia impedir a execução nas ditas casas‖. O condômino, que não concorda, pode pedir a divisão (ação *commatti dividundo)*. O comuneiro, se há comunhão iuro *indiviso* e é vedada a divisão *(e. g.,* Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 2.0, e Decreto--lei nº. 5.234, de 8 de fevereiro de 1948, art. 1.0, sobre edifícios de dois ou mais andares), não pode pedi-la; mas pode nunciar a obra nova. Quanto ao sócio e ao comuneiro, o direito romano os excluia da ação de nunciação de obra nova entre eles; e isso foi repetido através dos séculos *(e. g.,* MANUEL DE ALMEIDA E SousA, *Casas,* 32). Parece que se deve a ANTÔNIO

CARDOSO DO AMARAL ter sido o primeiro, em Portugal, a advertir em que a regra tinha de ser repensada. No caso de construção (ou demolição) que exceda o uso referido no art. 624, 1, do Código Civil, não temos dúvida em aceitá-la, proposta pelo condômino, ou pelo

comuneiro, se a destinação do prédio é para vivendas ou partes de indústria. Volveremos ao assunto.

2. AÇÕES INTENTÁVEIS. Se o condômino, ou o comuneiro, havendo comunhão *pro diviso,* pretende iniciar ou inicia obra nova, ainda que seja de simples limpeza, é-lhe permitido usar do preceito cominatório ou das ações possessórias; mesmo porque não pode alterar a coisa. Mas, se algum condômino, ou algum comuneiro, edifica ou faz obras na coisa comum com a ciência, sem oposição, dos demais, e o edifício ou obra se ultima, não pode ser demolido o edifício, ou desfeita a obra.

A respeito vale a pena lembrar MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Casas,* 33), que leu isso, em parte, em JORGE DE CABEDO: —se, entre os consócios, há outros mais prédios e solos de igual qualidade comuns e indivisos, com que, mediante partilha, se possa inteirar, e indenizar o outro consócio, não só encontra aqui o geral favor da construção dos edifícios, mas o símile do sócio, que apropriou e alienou um dos prédios comuns antes das partilhas, pois nas futuras se lhe deve adjudicar, inteirado por outros prédios o outro consórcio‖.

É evidente que não aludia à só relação de condomínio, mas à comunhão de muitos edifícios em terrenos comuns, fato inconfundível com a simples pluralidade de condomínios.

No Tomo XII, tratando-se do condomínio e da comunhão em edifícios de apartamentos, algumas questões exsurgem a propósito de aquisição da propriedade por acessão. Onde há partes indivisas e partes divisas, a acessão àquelas beneficia a todos os comuneiros e a acessão a essas somente àquele ou aquele a que tocam as partes divisas, razão por que o mesmo fato pode beneficiar a todos e a algum ou alguns, conforme o que acede se integra na parte indivisa ou na parte divisa. Se a parte divisa pertence a duas ou mais pessoas, há a acessão àparte indivisa e a acessão à parte divisa, sem se ter de atender *à* pluralidade de titulares da parte divisa, como se não há de considerar a pluralidade de titulares da parte indivisa. À acessão, que se produz no mundo láctico, de modo nenhum interessa o que ocorre no plano da subjetividade. Dá-se ela como a mesma eficácia jurídica, quer se trate de bem que pertence a A, quer de bem que pertence a A e B, ou a A, B e C, *ou a ninguém.* Há acessão à *res nuilius* como ao bem apropriado. Quem faz obra em imóvel sem dono perde a propriedade embora se crie posse do imóvel *mais* acessão.

A acessão nada tem com a posse. Se é meio de aquisição da

propriedade é porque o imóvel acedido se aumenta e alguém é dono dele. Se há acessão a imóvel que é *res nuilius,* ninguém adquire a propriedade, porque tudo se passou no mundo láctico, com o consequente aumento da coisa que pode vir a ser objeto de direito porém ainda não no é.

A acessão, dissemos, passa-se no mundo fático. Tal proporção científica é rica de conseqüências. Pela acessão, o dono da parte acedida perde-a embora o prédio a que ela acedeu não seja de alguém *(res nuilius)* nem possuído por alguém. Por igual, se a parte acedida o é de prédio a déspota, com ela aumenta o prédio de propriedade de alguem, ou a despota, indiferentemente. O tempo a que se refere o art. 542 corre, com todas as suas conseqüências. O dono do prédio perdente pode remover a parte acrescida ao prédio a despota (art. 541), porque não há outra alternativa se não quer que expire o ano de que trata o art. 542.

CAPITULO IV

AQUISIÇÃO PELA TRANSCRIÇÃO

§ 1.212. Aquisição da propriedade imóvel pela transcrição

1. CÓDIGO CIVIL, ART. 581. Diz o Código Civil, art. 531:

—Estão sujeitos à transcrição, no respectivo registro, os títulos transíativos da propriedade imóvel, por atos entre vivos

Depois, estende o art. 582: —Serão também transcritos: 1. Os julgados, pelos quais, nas ações divisórias, se puser termo à indivisão. II. As sentenças que, nos inventários e partilhas, adjudicarem bens de raiz em pagamento das dividas da herança.

III. A arrematação e as adjudicações em hasta pública‖. Acrescenta o art. 588: —Os atos sujeitos à transcrição (artigos 581 e 532, II e III) não transferem o domínio senão da data em que se transcreverem (arte. 856 e 860, parágrafo único)‖. Adiante, § 1.214.

A Lei n. 1.287, de 24 de setembro de 1864, criou o registro geral de imóveis, que o Decreto n. 8.453, de 26 de abril de 1865,

regulamentou. Antes só se cogitara do registro de hipotecas. Na Lei n. 1.287, art. 7□0, submeteram-se à transcrição qualquer título de —transmissão dos imóveis suscetíveis de hipoteca‖, a —instituição de ônus reais‖ e a

—inscrição das hipotecas‖. No § 1.0, adotou-se, como havia de ser, a competência pela situação do imóvel.

2.CÓDIGO CIVIL, ARTS. 856 E 857. No Código, estabeleceu o artigo 856: —O registro de imóveis compreende: 1. A transcrição dos títulos de transmissão da propriedade.

II. A transcrição dos títulos enumerados no art. 532. III. A transcrição dos títulos constitutivos de ônus reais sobre coisas alheias. IV. A inscrição das hipotecas‖. Quanto à legitimação ativa, disse o art. 857: —Se o título de transmissão for gratuito, poderá ser promovida a inscrição: 1. Pelo próprio adquirente. II. Por quem de direito o represente. III. Pelo próprio transferente, com prova da aceitação do beneficiado‖. No artigo 861, cogitou-se da competência do oficial, com repercussão no direito processual: —Serão feitas as inscrições, ou transcrições no registro correspondente ao lugar, onde estiver o imóvel‖. Referem-se ainda ao registro de imóveis os arts. 580, 553 e 554, 858-860, 862, 72 (bem de família), 261 (convenções antenupciais), 809, parágrafo único (dote), 589, § 1.0

(perda da propriedade imóvel), 676 (aquisição de direitos reais), 697 (servidões não-aparentes), 698 (usucapião de servidão), 715 (usufruto), 753 (renda constituída sobre imóvel), 796 (penhor agrícola) 881, 848, 850 (hipoteca), 1.197 (locação de prédio). Os regulamentos costumam copiar esses textos, em *bis in idem* inofensivo.

8.O DECRETO N. 4.857, DE 9 DE NOVEMBRO DE 1989. O Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, estatuíu, no artigo 178, o), VII, que no registro de imóveis será feita a *averbação,* na transcrição, da mudança de numeração, da construção, da reconstrução, da demolição e do desmembramento de imóveis. O Decreto n. 5.818, de 29 de fevereiro de 1940) artigo 1.0, explicitou: —A transcrição dos atos transíativos da propriedade de edifícios de mais de cinco andares *(hoje, de dois ou mais),* construídos de cimento armado ou de material similar incombustível, sob a forma de apartamentos isolados entre si, contendo cada um, pelo menos, três peças, e destinados a escritórios ou residências particulares, compreenderá os mesmos edifícios no todo ou em parte, objetivamente considerada, neste último caso, constituindo cada apartamento uma propriedade autônoma (art. 1.0

da Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928)‖. E o § 19: —Cada apartamento será assinalado por uma designação numérica e descrito com os requisitos necessários à averbação‖. Aquela expressão —parte, objetivamente considerada‖ está por parte que se tem como *objeto* autônomo de direito de propriedade, *divisa pars.* Aliás, o art. 249 do Decreto n. 4.857 também já dizia:

—Os edifícios de mais de cinco andares, construídos de cimento armado ou de material similar incombustível, sob a forma de apartamentos isolados entre si, contendo cada um, pelo menos, três peças, e destinados a escritórios ou a residências particulares, serão transcritos, no todo ou em parte, constituindo cada apartamento uma propriedade autônoma, para efeito de registro‖ (Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928).

4.DECRETO-LEI N. 58, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1987.

O Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1987, arts. 1.o 8.o, cogitou do registro em caso de loteamento e venda de imóveis a prestações. Os arte. 99-26 também interessam ao registro, principalmente os arts. 22 e 28. O Decreto n.

8.079, de 15 de setembro de 1988, regulamentou o Decreto-lei n. 58. Cf. Lei n. 649, de 11 de março de 1949, art.

1.0.

5.CONSTITUIÇÃO DE 1946, ART. 156, § 8.0. Na Constituição de 1946, o art. 156, § 8.0, enunciou: —Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória *devidamente transcrita".* A despeito de ai se falar em sentença declaratória, pensou-se ser de sentença *constitutiva,* com eficácia *ex tune,* que se tratasse. No Brasil como em outros países confundem-se fàcilmente as ações declarativas e as ações constitutivas, se a sentença na ação constitutiva tem eficácia *ex tune.* Tratar-se-ia de ação sem a qual o direito de propriedade não existe, nem poderia ser oposto em exceção, se bem que o pudesse ser em reconvenção para se *constituir* o direito d~

propriedade. Ainda a eficácia da sentença somente seria completa com o registro. Depois da sentença, estaria *cons titu(da* a propriedade, com

eficácia *ex tune,* pela força mesma da sentença, ficando para efeito secundário, mandamental, a transcrição no registro de imóveis. Caso típico de sentença preponderante constitutiva, com elementos declarativo e mandamental. Mas sem razão: a sentença é declaratória e o direito pode ser oposto em exceção (nossos *Comentários à Constituição,* IV, 45-47; v, 2. ed., 527-581).

6.DECRETO N. 24.150, DE 20 DE ABRIL DE 1934. Quanto à *renovação do contrato,* o art. 19, § 2.0, do Decreto n. 24.150, de 20 de abril de 1984, estabeleceu: —Se o contrato prorrogado estipular cláusula que torne obrigatária sua vigência para com terceiros, no caso de alienação do prédio, o registro a que se refere êste artigo será igualmente feito no Registro de imóveis da situação do prédio‖.

7.DECRETO-LEI N. 96, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1987 (DISTRITO FEDERAL). Nó Decreto-lei n. 96, de 22

de dezembro de 1937 (Distrito Federal), foi dito: —Os termos de contratos e obrigações constantes dos livros das repartições, bem como os de entrega, cessão ou doação de terrenos para a abertura ou reforma de vias ou logradouros públicos tem força de escritura pública e, para que produzam todos os seus efeitos, não dependem, qualquer que seja o seu valor, nem de registro, no primeiro caso, nem de transcrição, no segundo‖.

Não pode o legislador, sem violar o *principio de isonomia.* ou *igualdade perante a lei* (hoje, Constituição de 1946, 141, § 1.0), atribuir *força* a certos documentos, inclusive sentenças, sem que se estenda por todo o Brasil a regra, porque isso concerne à competência federal para a legislação de direito material ou processual. A força de documento administrativo, os contratos constantes dos livros das repartições a tem, porém não a força derivada da escritura pública (Código Civil, artigo 136, III, 137-139; Código de Processo Civil, arts. 226), menos ainda a derivada do registro de imóveis. Regras como as do arts. 25 do Decreto-lei n. 96 são inconstitucionais. Qualquer terceiro, que se sinta lesado, tem ação.

§ 1.213. Conceito do registro

1.PRINCIPIO DE PUBLICIDADE. O registro nada tem com a posse, nem com a tradição. Serve, como um dos expedientes, ao *principio da publicidade,* que é relevante em direito das coisas. O que se quer, com

o registro, é que ele traduza, nos papéis ou livros do cartório, a verdade sobre as *relações jurídicas,* lá fora. Se não a traduz, é inexato: o oficial registrou o que não devia registrar, ou não podia; ou deixou de registrar o que devia. Inexato o registro, portanto, ou por excesso, ou por diferença, ou por omissão. Se o registro contém o que era irregistrável por sua natureza, então não é só inexato ou incompleto: é ineficaz todo registro do irregistrável por sua natureza. Tão -

pouco é ele incompleto, por se não haver registrado o que não é registável, *e.* g., qualquer dos direitos de vizinhança, que são *limitações* ao conteúdo do direito de propriedade (não *restrições)* e, pois, irregistráveis.

2. FÉ PÚBLICA. A fé pública do registro de imóveis assegura a *validade* das transmissões futuras. Ao mesmo tempo, a *nulidade* das transmissões que sejam contra o que está registrado. A ação para ser decretada a nulidade é *ação constitutiva negativa.* Se, porém, não logrou registro a alienação nula, é *ineficaz* contra terceiros.

3.EFICÁCIA DA TRANSCRIÇÃO. A eficácia da transcrição é a do seu teor, porque assim o entende o art. 859.

No Código Civil alemão, § 891, 2ª alínea, acrescentou-se que se presume não existir o que não mais consta do registro (aliás, —ist.gelõscht‖) . Não era preciso que se pusesse na lei brasileira a regra da alínea 2~a do § 891.

Interpretar o artigo 859 como se adotasse a presunção de que o que consta do registro é correspondente ao mundo das relações jurídicas, e não adotasse a de que não existe o que dele não consta, seria péssima atitude perante os métodos científicos de interpretação das leis.

No direito alemão, § 900, o registro, por mais antigo que seja, não produz a transmissão, *se não há posse.* Não assim no direito brasileiro; a transcrição gera a transmissão, se a escritura diz ter sido transmitida a propriedade do prédio.

Se o registro é inexato, porque foi o que nele figura que o obteve, sem se ter fiado no registro anterior (não era em nome do alienante), a falta de posse impede-lhe a usucapião independente de posse e boa fé (arts. 550). Se tem posse de trinta anos, pode usucapir, a despeito da má fé.

§ 1.214. Registro de imóveis

1.O QUE É REGISTRO DE IMÓVEIS. Registro de imóveis é o ofício público, em que se dá publicidade a atos de transmissão dos bens imóveis e aos direitos reais sobre imóveis ou a negócios jurídicos que a eles interessem.

Quanto à eficácia, há a) sistemas que só exigem o registro para que sejam *erga omites* os efeitos, ou contra terceiros; e b) sistemas que tornam a *realidade* do direito, ou a *transmissão* dele, como direito real, dependente do registro.

Segundo *a),* a aquisição opera entre as partes desde que se perfez o contrato; segundo *b),* antes do registro o negócio jurídico não penetra no direito das coisas. O hábito de se dizer ..... para ter efeitos contra terceiros‖, que é proposição exata, em se tratando de negócios jurídicos que não se referem à propriedade imóvel, é responsável pelo erro de, nos países que tem o sistema b), raciocinar-se como se se estivesse sob o sistema *a)*

2. TRANSLAÇÁO E REGISTRO. O direito brasileiro conhece a propriedade por usucapião, pela acessão, pela transcrição do titulo de transferência no registro do imóvel, pelo direito hereditário. Falou-se de outros meios. Não há aquisição entre vivos, *transiativa,* sem o registro; há, porém, a saisina, no direito sucessório e a necessidade do registro para os efeitos de publicidade. Se A vende o prêdio a B e, depois, a O, e O registra, antes, o seu título, O

adquiriu o direito real, e B nenhum direito real tem. Se A ~morre e B herda o prédio, B é dono do préd io desde o momento da morte de A, e não só depois de se transcrever a sentença de partilha (errado, o acordão da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 8 de novembro de 1929, *A.* 1., 13, 168) . O Decreto n. 18.582, de 24 de dezembro de 1928, art. 282, estatuira: —Serão, sujeitos à transcrição no livro 8 e em qualquer tempo, simplesmente para permitirem a disponibilidade dos imóveis, os julgados, pelos quais, nas ações de divisão e demarcação e partilha, se puser termo à indivisão (Código Civil, arte. 582, 588 e 1.572)‖. O art. 288: —Também serão transcritos para o mesmo fim e no livro 8 os atos de entrega de legados de imóveis e as sentenças de adjudicação em inventário, quando não houver partilha‖. Cf. Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, arts. 242 e 248.

Se, feita a venda‘ do imóvel, o vendedor morre antes da transcrição, o adquirente pode pedir o registro. O que se transmitiu aos herdeiros e

legatários do vendedor foi a sua propriedade ,o poder completo de dispor, porque contratual-mente estava restrito esse poder. O caso toma aspecto delicado, mas de delicadeza prática e não perante os princípios, se os herdeiros do vendedor vendem a outro o bem e esse outro leva ao registro o seu titulo. O

vendedor mesmo poderia ter vendido duas ou mais vezes. E a propriedade ter-se-ia transferido a quem primeiro houvera registrado o seu titulo. A responsabilidade dos herdeiros do vendedor não é diferente da responsabilidade do mesmo vendedor.

—Para o mesmo fim‖, diz o art. 248 do Decreto n. 4.857. Não está certo em todos os casos. Sempre que não houve saisina, a entrega do legado é que marca a *transmissão* da propriedade. O art. 1.690 dá aos legatários o *direito de pedir* o legado aos herdeiros instituidos. Aliás, aos herdeiros onerados, devia dizer, porque herdeiros instituidos pode não os haver, como se só os há legítimos ou se só há legatários. Os herdeiros legítimos podem cumprir ou habilitar o testamenteiro ao cumprimento, ou, ainda, quando couber, dar caução de os prestar (Código Civil, art.

1.754). Ora, o direito de pedir pode ser *ação pessoal* ou *ação real.* Há os dois sistemas. Para que haja reivindicação, é preciso que se tenha transmitido o domínio, ex *lege.* Não se transmitiu, pelo art. 1.572 (saisina), porque no art.

1.572 só se fala de herdeiros legítimos e testamentários. Mas *quanto aos legados puros e simples* diz o art. 1.690: O legado puro e simples confere, desde a morte do testador, ao legatário o direito, transmissível aos seus sucessores, de pedir aos herdeiros instituidos a coisa legada‖. Portanto, nesse caso, *porém somenlte nesse,* a transmissão se opera como a respeito de herança. O legatário é beneficiário; a ele vai o legado, *etiam ignoranti.* Melhor: a pretensão à coisa legada.

§ 1.215. Registrabilidade e necessidade de registro

1.LIMITAÇÕES E RESTRIÇÕES; DIREITOS REGISTRÁVEIS. Devem-se distinguir a registrabilidade e a necessidade do registro. Há direitos que não são registráveis; outros que são registráveis, porém não precisam de o ser; outros que precisam ser registrados (necessariamente registrados).

O Supremo Tribunal Federal, no acordão de 1.0 de agosto de 1929

(R.S.T.F., 60, 141), decidiu que a transcrição da enfiteuse não é essencial para que valha entre as partes Vale. entenda-se, se suscetível de transcrição. Se não é suscetível de transcrição, o negócio jurídico é *ineficaz* para relações de direito das coisas (cp. Código Civil, arts.

134, II).

Também os direitos reais, como o usufruto e a anticrese, exigem, para a eficácia de direito das coisas e, portanto, para serem reais, a transcrição. Não só para eficácia *contra terceiros,* como erradamente (por insuficiência de expressão) se vem a repetir na jurisprudência. O credor anticrético que não faz transcrever o seu título não tem direito real; é por isso, e não por que alguém seja terceiro, que não pode exercer pretensão a privilégio creditório se não foi transcrito o seu titulo (cp. Corte de Apelação do Distrito Federal, 28 de janeiro de 1928, *A, .1,* VII, 496) não poderia também exercer os direitos de vizinhança que se reconhecem ao credor anticrético.

2.DOAÇÃO —CAUSA MORTIS‖. A doação *causa mortis* (Conselho de Justiça do Distrito Federal, 13 de dezembro de 1984, *A. J.,* 33, 186), os legados não puros e simples e o *modus* (encargo) tem de ser transcritos. Trata-se de aquisição da propriedade e, quanto ao *modus,* restrição ao conteúdo do direito de propriedade. Outrossim, as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, indivisibilidade, impenhorabilidade, etc. O que não é registrável é a *limitação* ao conteúdo do direito de propriedade, como os direitos de vizinhança.

3.SERVIDÕES. As servidões são sempre *registráveis.* Trata-se de direitos reais; resultam de *restrições* (não de limitações) ao conteúdo do direito de propriedade: há corte, não feito pela lei, de modo que se pudesse edictar regra geral (todos os proprietários A tem nos prédios B a servidão *a);* e sim pelo negócio jurídico. Não há limitação, há restrição: corte que não altera o conteúdo abstrato do direito de propriedade. Como toda restrição, pode ser registrada. O Código Civil, no arts. 697, diz que —as servidões não aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de imóveis‖. Não há princípio superior de direito, nem principio *a priori,* a que tivesse de curvar-se o legislador. Poderia, por exemplo, exigir a inscrição de quaisquer servidões (Código Civil suíço, arts.

781), de modo que só existisse servidão desde a inscrição

(principio da registração necessária dos direitos reais) ; ou que se inscrevessem as servidões em coisas de registro obrigatório (Código

Civil austríaco, art. 481).

No caso de legado de servidão, isto é, de servidão deducta, as servidões constituídas por ato de última vontade sobre bens do testador estabelecem-se independentemente de transcrição:

o testador cindiu o direito de propriedade, restringiu-lhe o conteúdo, obrigando, por ato hábil, o prédio a servir.

Quem o adquire tem de ter o seu titulo *causa mortis* e nesse mesmo está o ias *serviendi.* O registro da partilha apenas vem precaver interesses gerais; a servidão já .se constituiu. Os princípios do direito das sucessões são diferentes daqueles com que se tece o direito das coisas. No próprio Código suíço, que adotou o principio da registração necessária de todas as servidões, o arts. 665 deu ao legatário a pretensão a exigir que se registe.. Dir-se-á que o Código Civil exigiu o registro às servidões não-aparentes (arts. 697), de modo que antes disso não as há (CLOVIS BEVILAQUÂ, *Código Civil comentado,* III, 246; DIDIMO DA VEIGA, *Manual,* 1ª parte, 218). Sem razão; porque o domínio supõe o registro e nem por isso deixa de transmitir-se ao herdeiro (nosso *Tratado dos Testo.-. mentos,* III, 464 e 465).

O Código Civil, no arts. 697, exigiu, como pressuposto necessário à constituição da servidão aparente, o registro. A COrte de Apelação do Rio de Janeiro (8. *J.,* VIII, 165) cometeu o erro de ler o art. 697 como se Me tornasse irregistáveis as outras servidões.

§ 1.216. Direito registrário material e formal

1. EFICÁCIA REAL. No Código Civil e nas leis de direita material posteriores, está todo o *direito material* do registro; nas leis sobre registro e outras, que a ele se referiram, todo o *direito formal.* Qualquer regra jurídica sobre modificação dos direitos, pretensões, ações e exceções, *com efeito real,* pertence ao direito material do registro; todas as regras jurídicas sobre competência dos oficiais do registro, sobre o pedido e processo do registro *(aliter,* sobre direito a certidões), sobre pressupostos para a competência ou atuação do juiz do registro, pertencem ao direito formal do registro. Isso não quer dizer que os legisladores tenham separado, sempre, em diplomas diferentes, ou em diferentes seções do mesmo diploma, o direito material e o formal.

2.JUIZES E OFICIAIS DO REGISTRO DE IMÓVEIS. A transcrição e a

inscrição, como os demais atos de registro, são da competência dos *oficiais do registro,* figura que o direito material e o formal (federal) pressupõem.

A organização é deixada ao direito estadual. O Código de Processo Civil e as leis de registro pressupõem a existência de juizes do registro e tribunal . acima deles: é aos Estados membros que compete a organização judiciária.

O papel da publicidade no direito predial é aproximadamente o mesmo que ela exerce nos outros ramos do direito: a reunião dos pressupostos necessários à formação das relações jurídicas satisfaz o pressuposto de que o registro corresponda à verdade do mundo jurídico, sem que a *forma pública* das escrituras públicas (exigida a certos negócios jurídicos e, no que concerne a negócios constitutivos formadores ou traslativos de direitos reais sobre intaveis, a todos, desde que o valor passe de dez mil cruzeiros) seja suficiente para se dispensar a *publicidade* pelo registro. Aliás, a *forma pública* não é, sequer, necessária, pois são registráveis os negócios jurídicos constitutivos formadores ou traslativos de direitos reais sobre imóveis até o valor de dez mil cruzeiros. Donde se concluir que a forma pública não é *necessária,* nem *suficiente* (O Código Civil, art. 134, diz que —é outrossim da substância do ato a escritura pública:

II. Nos contratros constitutivos ou transíativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a um conto de réis, excetuado o penhor agrícola‖. Em lugar de —contratos‖ leia-se —negócios jurídicos‖. Exceção no Decreto-lei n.0

2.627, de 26 de setembro de 1940, art. 46. A Lei n. 1.768, de 18 de dezembro de 1952, deu outra redação ao ai~t.

134, II, no sentido da elevação do limite de valor a Cr$ 10.000,00. De jeito que os instrumentos particulares desde essa data, entre mil e dez mil cruzeiros, inclusive, bastam aos atos a que se refere o artigo 134, II. Igual mudança sofreu o art. 141.)

g 1.217. Propriedade e registro

1.ORIGEM GERMÂNICA DO REGISTRO DE IMÓVEIS O Registro de Imóveis provém do direito medieval alemão, ligando-se, em sua origem, ao *testemunho judicial* germânico. Nos primeiros tempos, a transmissão supunha o acordo *(causal)* sobre a transferência da propriedade e a entrega corporal, a *investidura,* no lugar mesmo do

imóvel. Passou-se, no direito franco, à transmissão perante o tribunal, um tanto à semelhança da *iti jure cessio* romana, como objeto de litígio verdadeiro ou fingido, o que, na Inglaterra, veio até 1833 (II. BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der rõr)ti.schen und germanischen*" *Urkunde,* 1, 286 s.) . Ve-se bem que a contenciosidade era simples expediente, na maioria dos casos, e se buscava, através dela, a eficácia sentencial da coisa julgada. A concepção da transmissão em ato de jurisdição voluntária foi grau mais recente, mais alto, na evolução jurídica: prescindiu-se da carga de condenatoriedade, ressaltando a eficácia da sentença em ato constitutivo: era a *resignatio,* a *dimissio,* a *Áuflassung,* que passava de deixação material a declaração de vontade, com a conseqUente eficácia do ato estatal.

2.REGISTROS DOTADOS DE FÉ PÚBLICA. A evolução, que se operou, até *(c)* a fundação dos registros com *fé pública,* marcou-se *(a)* pela instituição dos títulos justificativos da investidura judicial, *(lO* pela criação dos livros especiais de registro de imóveis, em que se registravam os acordos de transmissão, em ordem cronológica, ou talvez sem ordem rigorosa, pela divisão territorial da competência. É de notar-se, porém, que o registrarmento não significava, necessariamente, efícacia real formal, nem, sequer, elemento essencial da eficácia real dos acordos; pois a tradição, a *traditio,* continuava a ser exigida, e muitos negócios jurídicos obrigacionais eram registrados, a principio sem especialização por matéria. A linha evolucional foi no sentido de vir a ter o registro a eficácia do antigo testemunho judicial e a do documento que se registrava (titulo justificativo) 3. TEMAS DEVOLUTAS E REGISTRO. Quanto às terras devolutas, os possuidores de terras eram obrigados a registrar as posses (Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, artigos 91 e 97). Quanto às outras, que já tinham dono, adquiria-se a propriedade pela transferência legítima (Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 58, § 3, *verbis*

—algum justo titulo, por que a coisa lhes pertença‖, e § 4, *verbis* —por que se mostre pertencer a coisa à pessoa, que dela quer tomar posse‖)

Havia, portanto, *a)* o registro de posses de terras devolutas, que era feito pelos vigários das freguesias do Império, dentro das suas freguesias (competência pela situação), *b)* a instrumentação das posses pelos tabeliões e *c)* a instrumentação das posses pelos escrivões das partilhas. Fora daí, toda tomada de posse só se poderia provar por outros meios de prova que os oficiais.

No direito anterior à legislação sobre registro de imóveis, que só se

criou com a Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, art. 8 (Regulamento n. 3.453, de 26 de abril de 1865, artigos 256-259 e 267), quem tinha titulo podia tomar posse, exibindo o titulo (Ordenações Filipinas, Livro V, Titulo 58, §§ 3 e 4), e os Tabeliães eram autorizados, independentemente de mandado do juiz, a passar instrumentos públicos das posses, que os adquirentes houvessem tomado (Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 78, § 8, e Livro IV, Título 58, §§ 3 e 4). Para os instrumentos de posse, que se tomassem em virtude de sentença ou mandado do juiz, eram competentes os escrivões dos respecti.

vos processos (Livro 1, Título 78, § 8, e Titulo 79, § 14); naturalmente, observadas as regras de competência territorial desses, quando mais de um houvesse. Os tabeliões também só tinham competência territorial, além de terem de atender às discriminações *ratione materitie.*

Para que as terras, que foram devolutas, não sejam mais *terras devolutas,* há de ter havido aquisição: teria de ser provado o titulo legitimo, ou a posse que se haja legitimado segundo a Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850.

Qualquer posse teria de ser legitimada, nos precisos termos dos arte. 59-99. Para que alguém, que fOsse posseiro antes da Lei n. 601, pudesse alienar ou hipotecar terras, teria sido necessário o título do terreno, passado pela Repartição Provincial designada pelo Governo Imperial (Lei n. 601, art. 11: —Os posseiros serão obrigados a tirar títulos dos terrenos que lhes ficarem pertencendo por efeito desta Lei, e sem eles não poderão hipotecar os mesmos terrenos, nem aliená-los por qualquer modo. Estes títulos serão passados pelas Repartições Provinciais que o Governo designar, pagando cinco mil réis de direitos de Chancelaria pelo terreno que não exceder de um quadrado de quinhentas braças por lado, e outro tanto por cada igual quadrado que demais contiver a posse; além disso quatro mil réis de feitio, sem mais emolumentos ou selo‖). Tais terras não podiam ser- alienadas, de qualquer maneira, portanto não podiam ser *doadas,* nem por outro modo transferidas, sem que houvesse o titulo.

No direito brasileiro, não há qualquer regra jurídica que permita presumir-se a propriedade de quem não tem título transcrito. Tratando-se de terras devolutas, o que se há de presumir, de acordo com todo o sistema do direito anterior ao Código Civil, é que continuem devolutas. Quem afirma ter direito, qualquer que seja, sobre tais terras, tem de prová-lo. Nem se compreenderia, principalmente depois da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, que

juizes, oficiais de registro de imóveis e juristas pudessem pensar diferentemente.

4.O DIREITO IMOBILIÁRIO A PARTIR DE 1864. No direito a partir da Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, eram dispensadas da transcrição: as arrematações em praça pública e as adjudicações; as sentenças preferidas nas ações divisórias; as sentenças pelas quais se adjudicavam bens imóveis aos herdeiros, em pagamento de dívidas (Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, art. 8, *verbis* —transmissão entre vivos dos bens suscetíveis de hipoteca‖; Alvará de 14 de dezembro de 1775, § 9; Ordem n. 102, de 23 de agOsto de 1850; Ordem n. 228, de 18 de setembro de 1851; Aviso de 25 de janeiro de 1854 e Aviso n. 190, de 28 de maio de 1857). Na República, o Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 8.0, repetiu o principio, reafirmado, posteriormente, pelo Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, artigos 233, 234 e 237, que enunciou: —Não são sujeitos a transcrição as transmissões *causa mortis,* ou por testamento, nem os atos judiciários‖. Se de alguma sentença de partilha constava pagamento a herdeiro, ou a legatário, tinha o terceiro de ir contra a partilha.

Com a superveniente exigência da transcrição, no tocante às sentenças, pelas quais, nos inventários e partilhas, se adjudicavam bens de raiz em pagamentos de dividas da herança, às arrematações e às adjudicações em hastas públicas (Código Civil, art. 582, II, III, cf. art. 588), ficou claro que a data da transmissão é a data da transcr ição.

Quanto aos julgados, pelos quais nas ações divisórias *lato sensu,* se põe termo à indivisão (art. 582, 1), não se poderia estabelecer o mesmo, sem quebra da concepção de condomínio e da tradição do direito brasileiro, com o instituto da saisina (arts. 1.572: —Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários‖) . Em razão disso, a transcrição de tais sentenças, ordenada pelo art. 582, 1

(—Os julgados, pelos quais, nas ações divisórias, se puser termo a indivisão‖), se bem que não opere a transmissão, tem eficácia apreciável: a) inserir no registro a legitimação do adquirente a causa de morte, que do registro não consta, uma vez que dele deve constar o decujo; *b)* habilitar à disposição registável, pelo nOvo titular do direito de propriedade (arte. 582, 1, e 538; Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. -242; 2~a Turma do Supremo Tribunal Federal, 29 de agOsto de

1947, *R. F.,* 117, 417, e 21 de janeiro de 1949, *A. J.,* 92, 143; Conselho de Justiça da COrte de Apelação do Distrito Federal 24 de janeiro de 1935, 83, 483)

o) permitir a propositura da ação de divisão ou a de demarcação, quando não se possa fazer nos mesmos autos (Código de Processo Civil, art. 515: —Feita a partilha, qualquer dos herdeiros poderá requerer nos mesmos autos a divisão geodésica das terras partilhadas, ou, se feita esta, a demarcação dos quinhões‖; parágrafo único: —Nos inventários em que houver incapazes, poderá ser promovido o processo divisório ou demarcatório‖), pois que se trata de dois juizos divisórios *lato sensu,* diferentes, para cujo acesso se precisa da eficácia exigida pelo Código Civil, arts. 532, 1, e 856, II (lamentável confusão entre partilha e divisão no acórdão da Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 17 de novembro de 1937, *R. F.,* 74, 74), sem que seja preciso que tenha havido divisão, em sentido próprio e estrito (sem razão,

3 a Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de março de 1930, *R. dos 2*‟*.,* 74, 93, e 2 de maio de 1939, 121, 150, *1?. 9.,* 74-473), porquanto é do sistema mesmo do registro de imóveis que haja perfeita historicidade do registro, afim de que a cadeia se entronque em ato judicial, ou em título hábil segundo a lei anterior ao registro. (Disse-o, porém, não precisava dizê-lo, o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 214: —Se o imóvel não estiver lançado em nome do outorgante, o oficial exigirá a transcrição do titulo anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro‖,cf. arte. 215-219.) O que se disse sobre a partilha de herança também vale para os outros atos de partilha e divisão. O legislador do Código Civil ainda encambulhava sob a expressão —juízo divisório‖, ou —ações divisórias‖, as ações *communi dividundo* e as ações *familiae erciscundae.* Velha confusão entre partilhar, que pode incluir divisão, e dividir.

Responsável pelo senso lato foi, principalmente, LAFAIETE RODRIGIJES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 140, nota 5): —As sentenças, de ordinário, são meramente declaratórias de direitos preexistentes; mas nos juízos divisórios *(familiae erciscundae, communi dividur*‟*.do, finium regundorum)* importam transmissão da propriedade, pelo simples fato de fazerem cessar o estado de comunhão‖. O argumento de que o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, que exige a transcrição da sentença de desquite e de nulidade ou de anulação de casamento, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos à transcrição, e dos atos de entrega de legados de imóveis, dos formais de partilha e das sentenças de

adjudicação em inventário, quando não houver partilha, é apenas *decreto,* seria de acolher-se se ele, nos pontos referidos, se afastasse do sistema jurídico brasileiro. Em verdade, não se afastou: explicitou a melhor doutrina. Basta pensar-se em que o adquirente do bem partilhado entre cônj uges, sem que a partilha estivesse registrada, não poderia pretender a transcrição do seu titulo, pelo lapso na cadeia dos registros. Mais sério ainda é o caso do adquirente do legado, uma vez que o legatário não sucede com a saisina (arte.

1.690-1.707).Desde quando se transmitiria a propriedade imóvel, que se legou?

Apresentado o formal de partilha, ou a certidão, de que tratam os arts. 509-510 do Código de Processo Civil, ao oficial de registro de imóveis, no qual não está inserto o nome do decujo, tem ele de levantar dúvida, ou porque se trate de bem inalienável, por extra-comércio, ou porque conste o nome de outrem, ou porque a herança ou legado sej a de terras devolutas. Já é de se suspeitar da má fé de quem quer que, sem título, fez inventário de terras, ou de outros bens imóveis, sujeitos a transcrição, como se fOssem do casal, ou do decujo ou em comunhão de direito das coisas. *A fortiori,* da má fé do adquirente beneficiado em partilha em cujos autos não estão os títulos. Se alguém alega ter havido o bem conforme partilha, e da partilha não consta a relação de tal bem, nem o pagamento, então, é inteiramente gratuita a tentativa de fazer registrar-se título entre vivos que, formalmente, provém de *non domino.*

Quando alguém adquire de herdeiro, ou de cônjuges, ou de condômino, ou de legatário, o interesse liminar é o da exigência do formal de partilha, ou da certidão, conforme a espécie.

Aqui, convém que se precise bem o que se passa:

a) quem é condômino há de figurar no registro como tal e a situação jurídica, que tem, é a de titular de *pars dominica,* a divisão da coisa troca o objeto do seu direito de propriedade, que era o de fração do bem, por parte concreta, que se faz coisa, *res,* ou por dinheiro que seja o valor daquela *pars dominica,* que ele perde e passa a outro condômino, ou a terceiro, que compre a coisa; 6) quem é herdeiro sucede, pelo fato só da morte do decujo, legítima ou testamentariamente, no que e herança, ou parte indivisa da herança, se herda parte, ou sobrevém partilha em que, em vez de se lhe dar fração em todos os bens da herança, se lhe dá algum bem, ou se lhe dão alguns bens, ou se procede à partilha e a divisão, cortando-se

algum bem ou alguns bens *(e.* g., tetreno), de modo que receba esse nOvo bem, ou esses novos bens, que ficaram da operação divisória *stricto sensu.* Para se ser condômino precisou-se do registro; para se ser herdeiro, não. Para se ser dono de determinado bem, ou de determinados bens, ou para se ser condômino de determinado bem, ou de determinados bens da herança, precisa-se de registro. Com tal clareza de noções, evitam-se confusões graves. Nem seria admissível, *de inre condendo* no sistema jurídico brasileiro que se dispensasse o registro das sentenças nas ações de partilha e de divisão, pois tais sentenças alteram o objeto dos direitos de propriedade. Não se há de deixar qualquer falha na cadeia das aquisições.

§ 1.218. Irregistrabilidade

1.—RES HABILIS‖; REGISTRO E INSCRITIBILIDADE DO IMÓVEL.

No registro de imóveis tem entrada o domínio sobre imóveis, os direitos reais sobre imó veis, que são em *numerus clausus,* e os direitos, pretensões, ações e exceções,, e as cláusulas, referentes a imóveis, a que a lei atribui, com isso, eficácia *erga omnes.* Escapam ao registro: *a)* os imóveis que estão fora do comércio, por inapropriáveis (arts.

69, □

1 a parte) ; Os imóveis do domínio da União, dos Estados-membros, dos Municípios (art. 65) e dos Territórios, pOsto que possa existir no registro a cadeia histórica anterior e, alienados a particulares, de acordo com o art. 67, haja de ser registrada a aquisição, inclusive para poderem ser novamente alienados.

2.DIREITOS NÃO SUSCETÍVEIS DE REGISTRO. Os direitos, a que se refere a), são irregistraveis; os de que trata apenas não precisam de registro, inclusive em se tratando de transferência entre unidades políticas da República. Se o Estado (União, Estado-membro, Município, Território) adquire bem que constava do registro, o negócio jurídico tem de ser registrado, porque o registro existente estabelece a presunção de titularidade (art. 859) e goza de fé pública. Se houve desapropriação, a sentença há de ser transcrita no registro de imóveis (Decreto-lei n.

3.865, de 21 de junho de 1941, art. 29: —Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil para a

transcrição no registro de imóveis‖ (—valendo‖ aí está por —tendo eficácia‖) . Só então há a tutela da fé pública. A sentença que se profere nas ações de desapropriação tem a mesma eficácia que qualquer outra do arts. 582, II e III. Assim, se pendia ação real ou pessoal reipersecutéria inscrita (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, art. 178, *a),* VII), ou de retificação (Decreto n. 4.857, art. 227), o desapropriante sofre as conseqüências; bem assim se havia registro de medida cautelar (Decreto n. 4.857, artigo 178, *a),* VI).

3.PRINCIPIO DA EFICÁCIA DO REGISTRO. Segundo o *~princi pio da eficácia do registro,* só é transcritível, ou inscritivel, ou averbável, o que, com o registro, se faz mais eficaz do que sem ele, ainda que tal eficácia seja só declarativa. O que já éeficaz *erga. omnes,* ou já é, sem o registro, direito real, não precisa e não deve ser registrado.

Por exemplo: os direitos de vizinhança, como os dos arts. 568 (corte de raízes e ramos de árvore invadentes), 559

(passagem forçada), 560 e 661 (indenização por passagem forçada), 568-568 (águas) e 588 (direito de tapagem). A inscrição da hipoteca legal, para eficácia contra terceiros, que dela depende (arts. 848), é posterior à constituição do direito real, O usufruto legal é irregistável. Bem assim, os negócios jurídicos *nulos.*

4.CONTRADIÇÂO ENTRE REGISTROS. A contradição entre dois registros que tem fé pública resolve-se pela ineficácia *no que se contradigam:* nenhum dos que figuram como titulares pode invocar a seu favor o que lhe seja concernente, nem os terceiros podem opor a fé pública a quem haja confiado no registro de conteúdo contrário (li.

REISS, *Grenzreckt und Grenzprozess,* 78 5.; G. PLANCK, *Kommentar, ~* 4.ª ed., 219; MÀRTIN WOLFF, *Lehrbitch.,*- III, 27.a~2ª.a ed., 98; sem razão: 1K. JACUBEZKY, *Bemerkungen,* 217; G. GÚrBE-TRIEBEL, *Die Grundbuch.ordnung, ~*, 4? ed., 57; H. SÂwITz, *Der Inhalt des Grundbuches,* 85 s.).

A contradição é óbice liminar à transcrição; à inscrição e à averbação. Tem o oficial do registro de levantar dúvida, que o juiz apreciará.

§ 1.219. Principio da continuidade do registro

1.ORIGEM DO PRINCIPIO DA CONTINUIDADE DO REGISTRO. Seguindo, em parte, o princípio da Lei prussiana de 5 de maio de

1872, §§ 2, 3, 5, 8, 18 e 19, o Decreto n. 4.857, art. 214, estabelece: —Se o imóvel não estiver lançado em nome do outorgante, o oficial exigirá a transcrição do titulo anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro‖. Noutros termos: só se deve transcrever, inscrever ou averbar, se aquele, cujo direito seria atingido pela transcrição, inscrição ou averbação, consta pelo registro, ser o titular. Por exemplo: A, proprietário do prédio p, casa-se com B, sob o regime da comunhão universal (art. 262-268), dá-se a comunhão, mas do registro sOmente consta um titular, que 4 A; se A e B querem hipotecar o prédio, tem, antes, de fazei

constar do registro que A e B são os donos, e não só A, o que se consegue com a averbação da certidão de casamento (Decreto n. 4.857, art. 284, *verbie* —quaisquer outras circunstâncias que, .por qualquer modo, afetem o registro‖).

O registro anterior é necessário, quer se trate de registro posterior de modificação jurídica positiva, quer se trate de retificação, ou cumprimento de sentença em ação que foi inscrita (Decreto n. 4.857, art. 178, *a),* VI e VII). Se A faleceu e o herdeiro quer vender o bem, que lhe coube, tem, primeiro, de fazer transcrever-se a sentença de adi dicação ou de partilha. Idem, se quer hipotecar ou reinscrever hipoteca antes erroneamente cancelada (MARTIN

WoLFF, *Lehrbuch,* III, 27?-..82.& ed., 90). A transcrição ou inscrição de quem já não é o titular, ou não mais é o único, tem por si a presunção do art. 859, de modo que o marido pode vender o bem ou executar a hipoteca como sua, não como do casal, pOsto que tenha havido comunicação de tal direito. Mas nenhuma transcrição será possível se a mulher faz averbar-se a certidão do casamento, com o regime da comunhão universal de bem, ou com a comunhão de tal bem, ou se foi inscrita a citação na ação de desquite, ou de partilha dos bens da mulher. Outrossim, no processo de execução, a mulher pode opor o seu direito à metade, e a sentença de adjudicação ou de arrematação encontrará o óbice da in-historicidade do registro.

2.REGRA JURÍDICA INSTRUCIONAL. O art. 214 do Decreto n. 4.857 é regra jurídica dirigida ao oficial do registro, por cujos atos responde o Estado; não é regra jurídica sobre *não-validade* do registro que se faça sem a historicidade. Portanto, não é, somente por essa razão, nulo, nem anulável. A espécie seria de retificabilidade *(aliter,* no velho direito prussiano)..

Diz o *arts.* 214: —Se o imóvel não estiver lançado em nome do

outorgante, o oficial exigirá a transcrição do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro‖. A infração acarreta responsabilidade do oficial do registro, bem assim do Estado, segundo os princípios. A transcrição a favor do outorgado não opera, ai, a transferência da propriedade do imóvel, porque, não constando do registro o nome do outorgante como titular do direito a transferir-se, não pode o outorgado alegar a fé pública do registro. Não se passa o mesmo com o terceiro que venha a adquirir ao que obteve o registro, porque esse terceiro já encontra no registro o nome da pessoa que lhe disse transmitir a propriedade.

No Decreto n. 4.867, art. 244 (Decreto n. 5.818, de 29 de fevereiro de 1940, art. 1.0), diz-se: —Em qualquer caso não se poderá fazer a transcrição ou inscrição sem prévio registro do titulo anterior, e quando nenhum haja, do último anterior ao Código Civil, salvo se este não estivesse obrigado segundo o direito então vigente, de modo a assegurar a continuidade do registro de cada prédio, entendendo-se por disponibilidade a faculdade de registrar alienações ou operações dependentes, assim, da transcrição anterior‖. No parágrafo único, acrescenta-se: —Quando houver promessa de venda, será esta inscrita ou averbada para que possa ser transcrita a escritura definitiva‖. Salvo, é claro, se a ela não se fez referência.

3.SUCESSÃO UNIVERSAL E FALTA DE REGISTRO DO IMÓVEL. Se o que não tem ainda o titulo é o sucessor universal do que consta do registro, é dispensável a transcrição ou inscrição, se se trata de extinção do direito, seja em virtude de negócio jurídico, seja em virtude de lei, ou se, com o pedido de transcrição ou de inscrição, vem a sentença que retifica a inexatidão do registro e estabelece a historicidade imediata.

Se B adquire de C a quota do bem *a,* crendo que *a* ainda não foi dividido) mas já houve divisão, se bem que ainda não transcrita, não pode impedir que se transcreva a divisão, ou, se transcreve, antes, a sua aquisição, não pode impedir que se proceda a nova divisão, em que seja parte. Tem B direito a figurar em todo o processo de divisão, se o seu titulo foi transcrito antes de se transcrever a divisão, ou de se inscrever a citação na ação de divisão. Se houve essa inscrição, o adquirente recebe a causa no estado em que se acha.

Ã, B e O são donos de três prédios, respectivamente, *a, b, o,* estando *o* hipotecado. Põem em comunhão os três.

Sobrevém a partilha, e O recebe, em vez de o, a. A hipoteca continua

de gravar o; porém de . - dor, durante a comunhão, foi C, e não no deixa, *ex tune,* de ser, a despeito da —declarativIdade‖ a que se refere o artigo 631. Se aduzimos que C

reduziu a sua quota e que a partilha é entre eles, mais ressalta a impropriedade da função —declarativa‖ da sentença de partilha, ou de divisão. Por outro lado, se um dos condôminos gravou a sua parte (art. 623, III, 2? parte), a parte continua gravada, a despeito da atribuição da coisa a um só condômino. Nem a atribuição de uma das coisas ao comuneiro hipotecante da parte tem a conseqüência de transformar a hipoteca da parte em hipoteca da coisa atribuída.

4.TÉCNICA LEGISLATIVA E PRINCIPIO DA CONTINUIDADE DO REGISTRO. *De jure condendo,* admitindo, em tese, o principio da continuidade, o legislador tem de adotar uma das seguintes resoluções técnicas: a) estabelecer a sanção da nulidade do registro para o qual se não haja observado estrita continuidade; 1» fazer anulável, dentro de certo prazo, o registro para o qual não se observou estrita continuidade; *o)* ter por inexistente o registro para o qual não se observou estrita continuidade; *d)* estatuir que o registro sem anteriores registros, em continuIdade, é totalmente ineficaz; *e)* ter a tal registro como relativa temporariamente ineficaz; /) considerar todo registro, para o qual apenas não se observou o principio da continuidade, como válido e eficaz, sempre que se tenha de atender à fé pública do oficial do registro.

Contra *a)* e *o),* há o argumento de serem anti-econômicas as soluções (teriam de repetir-se as transcrições já feitas) e o de permitirem-se colusões entre os alienantes e os sucessivos adquirentes. Contra *b),* militam os argumentos acima, já diminuídos em força por se poder ratificar a transcrição feita e só ser alegável dentro de certo prazo a anulabilidade. Contra *d),* há, de certo modo, os mesmos argumentos que contra *o),* mais o de permitir, que o alienante engane o adquirente. Contra *e),* argumenta-se que elimina a eficácia da fé pública, como todas as outras soluções de a) a *d)* - É verdade que tem a vantagem de conciliar a necessidade de observância db _principio da continuidade com a da eficácia *ex tunc.* Contra *1),* articula-se: que é desaconselhável fazer-se o oficial do registro o só responsável pela transcritibilidade das aquisições, com o simples reexame pelo juiz, em caso de dúvida; que o terceiro, adquirente de má fé, fica protegido.

O sistema jurídico brasileiro adotou 1). Nem seria de aconselhar-Se outra, fora *e),* que tem sérios Inconvenientes.

Nos sistemas jurídicos que adotam cl) ou *e),* o principio da continuidade não Impõe a lmpossibilidade de transcrever (inexistência da transcrição), nem a nulidade, nem a anulabilidade; nem tolera a eficácia. A solução *e)* não admite a absoluta, que c) supõe. A solução 1) mantém a necessidade de continuidade, a cargo do oficial do registro; mas atende a sugestões político-jurídicas da tutela da fé pública, dispensando os adquirentes de outras indagações que a relativa ao estado atual do registro.

O contrato de comunhão de bens ou de outros direitos reais exige a transcrição. Há, evidentemente, transferência da propriedade, ainda que não se dê enriquecimentO imobiliário de um dos comunicantes ou de ambos (A tem o Imóvel a do valor de a‘, e B o imóvel b do valor de a‘). Sem razão,

L.FERIU *(La Trasoriziofle degli acquiati “mortia causa”,* 42), que somente ve transferência na *coramunio (no ide,ts,* como se a passagem dos imóveis de A e de B a AB não fosse transferência. Tal passagem transfere, sem se precisar de imaginar forma especial de aquisição derivativo constitutiva, que se distinga da transferência. No caso da divisão, tem-se fato inverso, tanto como se teria na troca. Muito tempo foi afirmado o caráter declarativo da divisão; dai ter-se entendido necessário editar-se regra jurídica explícita sobre a transcrição das decisões divisórias *atricto sensu.* Passou-se o mesmo a propósito das sentenças de partilha. Aliás, por sugestão de ordem econômica, tendente a evitamento de impostos, foi que os juristas enveredaram por esse caminho, indefensável, da natureza declarativa das sentenças de divisão e de partilha. Chegou-se mesmo a sustentar a intranscritibilidade de tais sentenças. Ora, a partilha e a divisão são tão transitivas quanto a aquisição da herança comum, ou do bem comum, por terceiro: a diferença é apenas subjetiva (em vez de A e E sucedendo a AB, C sucedendo a A E). Outro absurdo em que longo tempo se insistiu foi o de não se ver transferência na alienação gratuita do comuneiro a outro. Ai, não há divisão, nem partilha, porque não há execução; há doação de parte ideal. Tanto que se há de invocar o art. 531, e não o artigo 582, 1. Dá-se o mesmo se a alienação pelo comuneiro ao outro é excedente, seja gratuita ou onerosa. Se um deles, na divisão, ou na partilha, recebe mais do que a sua quota, há aquisição de quota, com a conseqüente reposição, se no monte não havia o equivalente. A distinção é assaz relevante devido a ter, ou não, de ser invocável o art. 532, 1.

5.ALIENAÇÃO DA COISA PELO CONDÔMINO E REGISTRO. A alienação da coisa comum, em sua totalidade, pelo condômino, é

alienação de objeto próprio (a parte da coisa) e de objeto alheio. Não há a transferência da propriedade total, nem da posse, devido aos arte. 632 e 633 (—Nenhum condômino pode, sem prévio consenso dos outros, dar posse, uso e gozo da propriedade a estranhos‖). O negócio jurídico consensual tem eficácia; não na tem, relativamente aos outros condôminos, o acordo de transmissão, que é de direito das coisas. Não se deve pensar em alienação sob condição suspensiva à atribuição da coisa ao alienante, na ação em que se peça a divisão ou no negócio jurídico em que se haja de aplicar o art. 682. Nos sistemas jurídicos estrangeiros há tendência para essa construção; tal artifício provém de insuficiente esclarecimento sobre a sanção à alienação de coisa alheia *(e. g.*, O.

PAVANINI, *11 Litiaconsorgio nei giudizi divisori,* 86, nota 2; G. BRANCA, *La Comunione,* 108). Se a aquisição se dá, do resto, pelo condômino, ou pelos condôminos alienantes, a eficácia é plena. O oficial do registro não pode recusar-se a transcrever os dois títulos, a despeito da inversão das datas, porque está satisfeito o principio da continuidade. O art. 631 serve a isso, com o seu impróprio —a divisão entre condôminos é simplesmente declaratória‖, isto é, tem certos efeitos *ex time* (a esse tempo se cria que a distinção entre eficácia *ex time* e eficácia *ex nuno* corresponde, exatamente, à dicotomia —declarativídade, constitutividade ou executividade‖). Ainda sem o art. 631, seria de se considerar eficaz, *ex post,* a alienação do todo pelo condômino, porque a mesma é a solução se toda a coisa era de outrem *(e. g.,* arts. 622, 2? parte). Tão-pouco se há de pensar em estar o condômino investido do poder de dispor da coisa comum, desde o inicio da comunhão. O oficial do registro não pode transcrever o titulo em que alienante é somente um dos condôminos, ou somente são alguns dos condôminos: estaria quebrada a continuidade do registro; e os arts. 623, III, 632, 633 e 635, a que se juntam os arts. 632, *in fine,* e 1.139, opor-se-iam a isso. Falar-se de condição suspensiva é estranho: o que poderia transmitir sob condição suspensiva, se tal condição fosse permitida na espécie, seria o dono, e não alguns dos condôminos, ou um só condômino. Se o oficial do registro transcreve o título, regem os princípios gerais sobre transcrição e fé pública: a aquisição posterior do resto pelo condômino, ou pelos condôminos, iria encher o elo falho no encadeamento do registro; o terceiro adquirente, antes disso, teria por si a tutela da fé pública. Nada de especial se operaria que só fosse devido a comunhão. Nunca é demais profligar-se o erro corrente de se confundirem condição e pressuposto de eficácia, nem eficácia do negócio jurídico consensual e eficácia do acordo de transmissão. O que o adquirente a esse parcialmente não-dono pode fazer é inscrever a citação da ação, que proponha, a fim de ter de ser ouvido no

processo de divisão, ou no negócio jurídico divisório, ou inscrever a medida preventiva que obtenha (Decreto n.

4.857, art. 178, ai, VI, 2.ª e 3ª partes), ou de afastar, a seu respeito, a eficácia da sentença de divisão, ou do negócio jurídico divisório.

6.EFICÁCIA DA TRANSCRIÇÃO E INDECISÃO DOS JURISTAS. A tendência dos juristas é sempre para atribuírem à transcrição dos atos jurídicos entre vivos, transíativos, eficácia declarativa, co mo a respeito das aquisições *causa mortis,* ou atribuirem a ambas as classes eficácia constitutiva. Aquele são vitimas de leitura de livros estrangeiros, se os sistemas jurídicos dos respectivos países de procedência tem a transmissão consensual; esses, da leitura de livros estrangeiros, se os sistemas jurídicos dos respectivos países não tem a saisina. Ora, no sistema jurídico brasileiro, há a saisína, e não há a transmissão entre vivos consensual. Quando percebem que o art.

1.572 tem de ser levado em conta, ou a) reduz a eficácia da transcrição da transmissão a causa de morte a nada mais que declaração, postulando a sua superfluidade, ou 19 vão ao absurdo de ver, na espécie, apenas declaração de conhecimento, o que corre por conta de erro grave do jurista italiano E. Conano *(La Pubblicità nel diritto privato,* 266), como se no ato transcricional houvesse vontade, ou ciência, ou *o)* tentam reduzir ao mínimo a regra jurídica do art. 1.572. A primeira atitude desconhece o papel que o principio da continuidade exerce em quaisquer transcrições; a segunda não merece maior exame; a terceira viola a lei. Uma coisa é a eficácia do fato jurídico da morte, que é a transmissão hereditária; outra, a eficácia da transcrição da sentença de partilha, ou da sentença de adjudicação. Falta de transcrição da sentença de partilha ou do ato de adjudicação de modo nenhum significa ineficácia ou impossibilidade da aquisição *mortis causa,* pelos terceiros, aos que se dizem, ou se disserem herdeiros, ou que seriam sujeitos passivos de pretensões, ações ou exceções do decujo. O principio da continuidade promete eliminarem-se os lapsos, as interrupções, as inexatidões do registro. Pela transcrição, consegue-se exatamente publicar a aquisição a causa de morte e estabelecer-se a fé pública do registro. Não há fé pública para o que adquire do herdeiro, que não consta do registro (isto é, da sentença de adjudicação registrada, ou da partilha registrada), porque a aquisição por ele foi extra-registro. Depois de transcrita a sentença de adjudicação, há fé pública.

Naturalmente, a fé, que se resguarda, é a dos que se fiam do registro. Entre o que transmitiu ao decujo e o sucessor hereditário, que obteve

a transcrição, nada se constituiu, porém esse sucessor já pode dispor e permitir o registro, o que não é efeito desprezível da transcrição da sentença de adjudicação ou de partilha. Essa ainda tem outro efeito, que é o da partição, quiçá, também, o de divisão. Tal efeito divisório de modo nenhum se pode produzir, no plano do direito das coisas, antes da transcrição; nem, tão-pouco, o de partição. O elemento executivo vem à tona, portanto a constitutividade. Indo além da doutrina dominante (N. COVIELLO, *Deila Trascrizione,* II, 425430; após, C.

MAIORCA, *Delia prasorizione,* 215 s.; D. BARBERO, *Sistema,* 1, 460), na Itália, o nôvo Código Civil italiano, art.

2.650, estabeleceu que, nos casos de aquisição sujeita a transcrição, as sucessivas transcrições e inscrições, a cargo do adquirente, não produzem efeito —se non é stato trascritto l'atto anteriore di acquisto‖. O sistema jurídico brasileiro não contém tal regra jurídica de ineficácia, nem, tão-pouco, a de ilícito invalidante. O princípio de continuidade somente poderia servir para se registrar o título do que tem por autor quem consta do registro, ou para a ação desse contra o que obteve a transcrição, sem ter por si a fé pública do registro. O princípio da prioridade da apresentação somente resolve conflitos entre adquirentes cujo autor é o mesmo. No sistema do Código Civil brasileiro e das leis de registro, a falha, na cadeia das transcrições, apenas dá o dever ao oficial público de recusar-se a transcrever antes que se preencha o elo falto. É o principio da continuidade das transcrições. Se, a despeito do princípio, o oficial transcreve, a responsabilidade é do Estado, se alguém se deixa guiar pelo registro, *que tem fé pública.* Noutros sistemas jurídicos, feita a transcrição com pulo do elo, o que, *desde ela,* se segue no registro é ramo enxertado e sem vida, simples aparência; não no sistema jurídico brasileiro. Nesse, o enxerto pega; e sé enquanto não se prossegue na cadeia das transcrições se pode descolar o pedaço de ramo, que se juntou à cadeia das transcrições. Por onde se ve que o principio da continuidade das transcrições tem intensidade de conteúdo que depende, da natureza da regra jurídica que o exprime: se ela só se dirige ao oficial do registro, como funcionário público, o ato ilícito 4 dele, sem sanção de ineficácia, ou sem sanção invalidante; se o ato se dirige a todos, exigindo-se que se altere a eficácia da fé pública, então há o enxerto sem vida, segundo a imagem. Enxerto sem vida, no direito italiano (arte. 2.650 e 2.648), é o ineficaz; noutros sistemas jurídicos, a sanção é a nulidade.

A exigência da transcrição para k transferência da propriedade em

caso de divisão ou de partilha foi aceflada. O

negócio jurídico ou a decisão judicial não podem dividir ou partilhar, no plano do direito das coisas, se adotou o registro da propriedade imóvel. Por isso mesmo, os juristas que ainda hoje consideram declarativa a transcrição da sentença de partilha ou de divisão, ou o negócio jurídico divisório ou partilhante, estão a repetir, sem pensar, o que serviu, há algum tempo, à argumentação contra a incidência de impostos de transmissão imobiliária.

Não importa se a divisão ou a partilha foi amigável, ou se foi judicial. A transcrição do negócio jurídico, ou da sentença, é a mesma. Se há ação contra a comunhão, ou contra o espólio, pode dar-se a inscrição provisional da citação, a fim de se evitar que terceiro adquira o bem após a transcrição, invocando a fé pública. Tal inscrição não obsta a que o terceiro adquira, nem lhe faz nula, ou anulável, a aquisição; fá-la relativamente ineficaz. Se algum cessionário de herdeiro litiga, a citação pode ser inscrita, provisionalmente; se trata de cessionário do decujo, idem.

Todavia, depois de transcrita a sentença de adjudicação, ou de partilha, ou de divisão, a inscrição somente tem a eficácia de tornar ineficaz, relativamente, a aquisição pelo terceiro, que tenha por si a tutela da fé pública, caso o cessionário ganhe a ação. Com a inscrição da ação do cessionário de quota somente pode esperar que a eficácia da sentença posterior, ou da aquisição posterior por terceiro, lhe aproveite, se a sua quota foi atingida.

Se O e D adquiriram, sucessivamente, de B, herdeiro de A, tendo ocorrido que o oficial de registro transcreveu o título de aquisição por D, sem que B ou D houvesse levado a transcrição a sentença de adjudicação ou de partilha, e O levou a registro a sentença e o seu título, a transcrição a favor de D não é incólume às pretensões de O, porque não tem D por si a fé pública do registro *(aliter,* quem adquira de D) . Tal solução é a única que se possa admitir no sistema jurídico brasileiro (no direito italiano, pela mesma solução, C. MATORCA, *Deita Trascrizione,* 223, sem razão, devido ao art. 2.650, 1ª alínea, do Código Civil italiano, cf. L. FERIU, *La Trascrizione degli acquisti "mortis causa",* 23) . O adquirente tem de verificar se quem lhe transmite pode transmitir, pois que consta do registro: não precisa ir mais longe, porém não se lhe pode dispensar esse exame, a seu risco, da legitimação do transmitente.

Quem adquire do decujo não está na mesma situação que o que adquire do sucessor hereditário, porque o decujo há de constar do

registro e o sucessor hereditário, antes da transcrição da sentença de adjudicação ou de partilha, necessariamente não consta do registro.

Se o terceiro adquirente do decujo não fez transcrever-se a sua aquisição antes de ser transcrita a sentença de adjudicação esse. ou de partilha, e outrem adquiriu do herdeiro, ou do legatário, e fez transcrever o seu título, nada pode opor a

Se a transcrição da sentença de adjudicação ou de partilha se deu, porém ainda não houve alienação pelo sucessor hereditário, pode o terceiro ir contra esse, como poderia ir contra o decujo, se não houvesse falecido. Aliás, teria ele, sempre, a ação pessoal.

7.ALIENAÇÃO EM CONTRADIÇÃO COM O REGISTRO. Os que tem direito real sobre a coisa comum tem de ser notificados judicialmente, na ação de divisão, ou na ação executiva que apanhe o bem móvel ou imóvel, O

principio que se formula, no art. 826. 2.8 parte, a propósito dos credores hipotecários, cabe no princípio geral, que enunciamos. Diz o art. 826, 2 parte: —Não será válida a venda judicial dos imóveis gravados por hipotecas, devidamente inscritas, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários que não forem de qualquer modo partes na execução‖. Nada se disse sobre a divisão, a despeito de se ter de notificar o credor hipotecário, ou qualquer outro titular de direito real. A expressão —não válida‖ seria imprópria, como o foi no artigo 826, 2.8 parte. Trata-se de ineficácia da sentença na ação de divisão, ineficácia relativa. Se os figurantes da ação de divisão fazem inscrever a citação, de acordo com o art. 178, *a.),* ═VII, do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, não estabelecem, por isso, a eficácia da divisão frente aos titulares, não-notificados, de direitos reais. Nem esses titulares precisam de inscrever, provisionalmente, a sua reclamação. Só os credores que não tem direito real, ou os que tem pretensão contra os proprietários, segundo o registro, da coisa comum, é que precisam de inscrição provisional das citações, nas suas ações. Contra esses, a inscrição da citação na ação de divisão é que afasta qualquer eficácia das pretensões deles contrária à divisão, ou qualquer eficácia de fazer inoponível a eles sentença de divisão. A inscrição provisional, segundo o art. 178, a), VII, 1.8 parte, do Decreto n. 4.857, por parte dos credores que não tem direito real, ou dos que tem pretensão contra os proprietários segundo o registro da coisa comum, é que, tempestivamente feita, pode estabelecer a ineficácia relativa da sentença de divisão. Antes da propositura da ação de divisão, tornam-

se litisconsortes necessários, se a sentença os atingiria (no direito italiano, discute-se, sendo pelo litisconsórcio necessário, E. MINOU, *Contributo alia Teoria deli Giudizio divisorio,* 130 s., e contra, G. BRANCA, *La Comunione,* 242) . A. necessariedade do litisconsórcio é, então, efeito da inscrição provisional, razão por que não cabe distinguir-se do negócio jurídico divisório a divisão judicial.

§ 1.220. Data do registro

1. CRONOLOGIA DOS REGISTROS. A cronologia dos registros é de toda a relevância. A transferência do direito real opera-se, de regra, então; a sentença de usucapião. se bem que declarativa, marca outro período na história do bem imóvel. No art. 534 diz o Código Civil, como regra, portanto, de direito privado (material) : —A transcrição datar-se-á do dia em que se apresentar o titulo ao oficial de registro, e esse o prenotar no protocolo‖. E acrescenta o art. 535: —Sobrevindo falência ou insolvencia do alienante entre a prenotação do titulo e a sua transcrição por atraso do oficial, ou dúvida julgada improcedente, far-se-á, não obstante, a transcrição exigida, que retroage, nesse caso, à data da prenotação‖. No art. 535, parágrafo único: —Se, porém, ao tempo da transcrição ainda não estiver pago o imóvel, o adquirente, logo que for notificado da falência, ou tenha conhecimento da insolvencia do alienante, depositará em juízo o preço‖. Prenotação protocolização.

2.PRINCIPIO DE PRIORIDADE DO MAIS ANTIGO DIREITO REGISTRADO. Rege o *principio da prioridade do mais antigo direito registrado.* O problema de técnica legislativa tinha de consistir em se datar ou da efetividade do registro, ou da apresentação do titulo, com a prenotação, que é o ato oficial de recepção com fito de registro. As pessoas que torna parte no negócio jurídico não podem protrair ou retrotrair essa eficácia. De modo que se exclui, imperativAmente, qualquer fixação unilateral ou bilateral da existência, ou da eficácia, dos direitos reais. Não posso transferir a propriedade da casa desde o mês ou ano passado; posso, consensualmente, reconhecer que aceitara vender ou que outrem aceitou comprar, ou confirmar aceitação, ou dar o uso e gôzo desde o mês passado. ou desde o ano passado. Porém de modo nenhum há direito real *antes* do registro ou da apresentação com a prenotação que a instrumenta e a prova. Tão-pouco é possível *apresentacão. ou registro,* subordinado a condição ou a termo.

Adiante, § 1.245.

3.DÚVIDA QUANTO À REGISTRABILIDADE. Se por acúmulo de serviço o oficial do registro de imóveis demora o registro, ou se duvidou da registrabilidade do titulo e submeteu o caso ao juiz, a data da apresentação prevalece *ainda que* sobrevenha falência ou insolvencia do alienante. O atraso foi sem culpa do interessado. O art.

535 empregou o termo —retroage‖, que foi infeliz. A transcrição data-se da *apresentação,* e não do ato de transferir; portanto, se no intervalo ocorre falência, ou insolvencia do alienante, sem culpa sua no atraso, o art. 535 estatui que essa superveniência é *irrelevante.* A data de início da substituição do titular do direito real continua a mesma.

Se o alienante ainda não recebeu o preço, o adquirente —notificado da falência ou insolvencia‖ depositará, em juízo, o preço. Esse será entregue a quem o juiz determinar. Mediante esse depósito libera-se o adquirente.

4.A QUEM APROVEITA A TRANSCRIÇÃO. A transcrição, como qualquer registro, aproveita a todos os interessados na publicidade ou na constituição ou transferência de direitos reais. *a)* A regra segundo a qual a transcrição do título de transmissão do domínio —direto‖ (senhorio) proveita ao enfiteuta significa: —O enfiteuta trata o nôvo senhorio e é tratado por ele conforme o teor do titulo registrado; se nenhuma referência se fez à enfiteuse, isso não o prejudica‖. *b)* Se foi diminuída qualquer obrigação ou dever, é invocável pelo enfiteuta a alteração. Se alguma parte se deu como remida, remida havemos de considerá-la. *c)* A regra segundo a qual a transcrição do título de domínio útil ou enfitêutico aproveita ao dono —direto‖ ou senhorio significa: —O que é menos proveitoso ou lesivo ao dono direto não tem eficácia contra ele. O que é proveitoso pode ser invocado‖.

§ 1.221. Princípio da publicidade

1.EXISTÊNCIA E PUBLICIDADE. Os direitos, as pretensões, as ações e as exceções existem no mundo jurídico, porque são de fatos jurídicos, isto é, de fatos que entraram no mundo jurídico e, pois, se juridicizaram. Lá, eles são notados, vistos (em sentido amplíssimo), pela *aparência* deles *(e. 9.:* a pessoa mora na casa que pertence a outrem e paga aluguer mensalmente; A tem em mão duplicata contra C, endossada por B, vendedor; A foi ao tabelião e vendeu o sítio a E). A aparência é, quase sempre, do fato; a inteligência distingue os efeitos. Mas a aparência do fato e do efeito, ou só de efeito, pode ser falsa: não existiu o fato, ou não se juridicizou (não -existência no

mundo jurídico), ou não se produziu o efeito, a despeito da aparência. Se o que importa é ser e *parecer* (de *parere,* ser perceptível), às vezes há o ser que não aparece, e há o que aparece sem ser. A técnica jurídica tenta, com afinco, obviar a esse desajuste entre a realidade jurídica e a aparência. Alguns dos princípios permitem ou procuram escavar e mostrar a verdade; outros colimam proteger a confiança, a fé, a crença nos fatos exteriores, nas aparências. Tais princípios não são iguais em todos os povos. Por exemplo: o direito francês e outros sistemas jurídicos tutelam a boa fé do adquirente de bens móveis roubados ou furtados; o direito brasileiro não na protege, a boa fé é apenas um dos elementos do suporte fático da regra jurídica sobre usucapião (arts. 61& e parágrafo único). O direito alemão protege o dono do imóvel contra o terceiro que adquiriu o bem, de má fé; o direito brasileiro não no protege. Os princípios que regem a coisa julgada material não se distanciam muito dos princípios que regem a fé pública e a proteção da titularidade aparente no registro (art. 859)

2.PUBLICIDADE PELO REGISTRO DE IMÓVEIS. A publicidade, que se obtém pelo registro, se há transcritibilidade, inscritibilidade ou averbabilidade, tem eficácia diferente segundo o que se transcreveu, inscreveu ou averbou. Não há tipo único de eficácia. A fé pública não é tutelada em todas as espécies de registros; nem sequer a todas elas se estende o art. 859.

3.ILIMITAÇÃO DA PUBLICIDADE. A publicidade do registro é *ilimitada* (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 20) : —Qualquer pessoa poderá requerer certidão do registro, sem importar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido‖. Outros sistemas jurídicos adotam o principio da publicidade limitada *(e. g.,* direito alemão: interesse justificado, conceito mais largo que o de interesse jurídico, porque abrange o interesse científico, o moral e o jornalístico)

O oficial público é funcionário público. O art. 141, § 36, *c),* da Constituição de 1946, também se refere a ele.

§ 1.222. Presunção de ser titular do direito

1. PRESUNÇÃO E FÉ PÚBLICA. O direito brasileiro distingue a *fé pública* e a *eficácia por presunção de autenticidade e verdade.* Presunção é menos do que fé pública. A presunção, só por si, não protege o

terceiro, porque a presunção se elimina, cancelando-se o registro, ou modificando-se, em virtude de retificação. A fé pública assegura a todos que a aquisição ou modo de proceder, que se baseia na fé pública que o funcionário público tenha, está plenamente protegida. Quem adquire o bem registrado, por ter fé pública o oficial do registro, ou quem contrata com alguém, que levou, por escritura pública, algum direito e lho cede, está incólume a decretações de invalidade do negócio jurídico registrado, ou instrumentado, que importassem em retirar-se aquela fé pública. Muito diferente é o que se passa com a presunção. Por isso, os arts. 136, II, 137-139, do Código Civil trataram dos atos dos que tem fé pública, e o art. 136, III, dos —documentos públicos e particulares‖, a que ela falta.

Aquele que consta do registro fundiário ser o titular do direito se presume tal. É o que estatui o art. 859: —Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu ou transcreveu‖. A regra jurídica sobre presunção veio do Código Civil alemão, § 891. O Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 3□O, § 4~O, não na tinha:

—A transcrição não induz prova do domínio, que fica salvo a quem for‖ (cf. Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 235). A importância processual do art. 859 é evidente. Se do livro de registro consta que foi cancelada a inscrição, ou transcrição, presume-se que não há o direito (§ 891, 23 alínea). O direito, que se presume existir, ou ter deixado de existir, é, tão-somente, o direito que pode ser registrado, não aquele que resultaria de alguma sentença em processo de retificação que fosse inscrito (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 227), ou das medidas cautelares ou das penhoras (Decreto n. 4.857, art. 178, VI), ou das citações em ações, reais ou pessoais reipersecutárias, relativas a imóvel (Decreto n. 4.857, art. 178, a), VII). As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade tem por si a presunção de que o direito real existe com essa restrição (L.

ROSENBERG, *Sachenreeht,* 390; O. WARNEYER, *Konvmentar,* II, 72; sem razão, *G.* PLANCK, *Kornnsent ar,* III, 43 ed., 211; MAWrIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 122).

2.AquisiçÃo DA PROPRIEDADE IMOBILIARIA E REGISTRO. ~ preciso, na interpretação do Código Civil, respeito à aquisição da propriedade imóvel, atender-se ao que se diz *in sedibus mnteriae:* arts. 530-533, 859 e 860.

A presunção oriunda do registro nada tem com a fé pública. Pode haver aquela, sem haver essa; se bem que não possa haver essa, sem exclusão da prova contra aquela. A relevância da presunção é quase só processual. A da fé pública passa-se no plano do direito material. Quando o art. 859 diz que se presume pertencer o direito real ã pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu, estabelece o princípio da presunção. Todos os atos que o Decreto n.

4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, 19, enumera como transcritiveis e os mais que, por necessária compreensão, ou analogia, se possam transcrever, tem por si a presunção criada no art. 859, enquanto se não retifique o registro (artigo 860). Quanto à fé pública, todos os negócios jurídicos entre vivos tem transcrição que a estabelece (art. 531) . No art. 532, o Código Civil fez transcritíveis atos judiciais, que importam em decisão sobre matéria de direito imobiliário, no tocante à aquisição: sempre que o julgado precisa ter eficácia *erga omnes* (o que se obtém com a presunção a favor do direito registrado), tal transcrição é de fazer-se, ou porque se torne necessária ao tráfico (art. 532, I) ou porque se tenha estatuído que o domínio só se transfere da data em que tais atos se transcreveram (arts. 532, 11-111, e 533) . Assim a sentença de partilha, na sucessão hereditária, ou entre vivos *(e. g.,* entre cônjuges que se desquitam), as sentenças, que adjudicam bens de raiz em pagamentos de dívida da herança ou de qualquer comunhão, e as arrematações e as adjudicações em hasta pública, devem ser transcritas, para que se consiga a eficácia que o Código Civil lhes atribui, respectivamente, nos arts. 859, 532 e 533; porém tais transcrições não tem fé pública, apenas criam a presunção. O terceiro adquirente é que ve o registro e pode confiar nele. No direito brasileiro, sentença não transfere domínio. A própria sentença que manda transcrever, ou que tem eficácia para transcrição, não transfere, uma vez que em seu elemento declaratório, se limita a decidir sobre a existência registável do direito. O registro da sentença de partilha não torna incólume à reivindicação o herdeiro ou o legatário: pode dar-se que na ação própria se venha elidir a presunção baseada no arts. 859. Muito diferente é o que se passa com o adquirente do bem imóvel, por ato entre vivos, que o adquiriu confiando no registro.

O alienante que declara ter havido de outrem o direito, sem dar prova, ou indicar a prova de tal declaração, é como o alienante que nada declarasse quanto à origem do seu direito. Se, no negócio jurídico de compra-e-venda, diz ter-se havido por meação, ou por herança, o bem vendido, e da partilha entre cônjuges, por desquite, ou entre cônjuges e herdeiros, ou entre herdeiros, não consta tal pagamento, o declarante de tal comunicação falsa não poderia pretender que o

negócio jurídico, em que foi outorgante, possa ser registrado. É irregistrável. O oficial de registro de imóveis tem o dever de o não registrar, levantando a dúvida, conforme a lei. Se o registrou, tal registro é retificável, O

outorgado de tal negócio jurídico, diante mesmo do texto contratual, somente pode ser tido como adquirente de má fé, contra o qual podem ir quaisquer prejudicados. O ofício de registro de imóveis não se exerce automaticamente, de modo que tivesse o oficial de registrar tudo que se lhe apresentasse. Em vez disso, tem o oficial o dever de zelar pela exatidão dos registros, principalmente nas espécies do art. 531, em que a transcrição transfere a propriedade.

3.SE HÁ NO ART. 859 DO CÓDIGO CIVIL SOMENTE REGRA LEGAL DA PROVA. Houve corrente, que pretendeu, apesar da letra das leis (Código Civil alemão, § 891, *verbis* — wird vermutet‖; Código Civil brasileiro, art.

859, *verbis* —Presume-se‖), ver na regra jurídica regra legal de prova (gesetzliche Beweisregel, R. SCKMIDT, *Lehrbuch,* 2,~ ed., 470, nota 3; contra, G. KUTrNER, Rechtsvernwtung aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,

.*Th.erings Jakrbiieker,* 61, 126); e outra, que nela viu referência legal (ECKSTEIN, Die Entkrãftung der gesetzlichen Vermutung, *Gruchots Beitráge,* 57, 642 s.; contra, HECKEL, Die seltsame Vermutung, *Gruch.ots Beitrâge,* 58, 635). Trata-se, porém, de presunção legal dos *efeitos* da transcrição e, pois, dos efeitos necessários a esses. Mas, ainda que se prove, alhures, ou perante.o oficial, que as *causas* desses efeitos presumidos não existem, a presunção legal somente é elidida com o cancelamento, ou a retificação, ou outro modo de exclusão da transcrição, em virtude de sentença constitutiva negativa, com carga mandamental, ou de sentença mandamental, com carga constitutiva negativa; ou de algum ato nôvo de transcrição *(e.* g., transmissão pelo adquirente, constituição de direito real) . A presunção é a favor daquele a que se atribui a titularidade, ou daquele que tem interesse no registro, ou dos seus sucessores; e contra os ex-titulares e sucessores do que fora titular.

4.O QUE É QUE SE PRESUME NO ART. 859 no CÓDIGO CIVIL.

O que se presume é a existência do direito e a titularidade, com o conteúdo que resulta da transcrição, porém não necessAriamente conforme a conceituação que dela consta (O. PLANCK, *Komentar, III,*

4.a ed., 212). Só se presume a existência do direito real, não o direito pessoal, a pretensão, a ação ou a exceção, que está dentro dele, ou à base dele. Só há presunção a favor daquele que está mencionado na transcrição, não daqueles que antes estiveram mencionados. O cancelamento faz presumir-se a não-existência. N~ há presunção de que o direito tenha existido até esse cancelamento.

5.DE QUE PRINCIPIO JURÍDICO DERIVA A FÉ PÚBLICA. Não é do art. 859 que deriva a *fé* pública e, pois, a proteção de terceiros. *A fé pública deriva do oficio do registro, à semelhança do .que se passa com os tabelionados.*

A regra jurídica sobre a fé pública estava inserta no sistema jurídico brasileiro, a respeito do oficio do registro, e consta dos arts. 138 e 139. O *principio da presunção legal* tem seu campo próprio na teoria da prova (direito material e direito processual);porém, só por si, não bastaria ao regramento da transmissão imobiliária. A quem adquire ou quer adquirir imóvel não seria suficiente razão de confiar o ter por si a presunção legal, *elidivel,* derivada da transcrição; isto é, a presunção de que quem adquire mediante a transcrição é o titular, se *não se provar* o *contrário.* Quem adquire mediante transcrição precisa estar certo de que é dono. O direito brasileiro confere fé pública ao registro de imóveis, no tocante à transmissão dos bens pela transcrição; apenas, se o registro de imóveis não exprime a verdade, pode o prejudicado reclamar que se retifique (artigo 860). Há a exigência da exatidão do registro. Se o direito não existe, ou se existe e não é transcritivel, o registro imobiliário é inexato. As circunstâncias de fato, que se puserem no registro, de modo inexato e incompleto, no tornam inexato; quer dizer: não excluem a fé pública do registro. A fé pública do registro assegura a existência e Validade das disposições sobre o direito de propriedade e baseia-se na existência de negócio de disposição, de acordo de transmissão.

6.ALCANCE DA FÉ PÚBLICA. A fé pública do registro não alcança, de modo nenhum, o negocio jurídico obrigacional entre os figurantes. A finalidade do registro é proteger o tráfico imobiliário. Resta saber-se se a fé pública só protege os adquirentes de boa fé, ou a esses e aos de má fé. É *a questão magna.* Assim, A é o dono, B

aliena a C e a transcrição faz-se, D adquire de C, com a transcrição; *ou* A tem a ação de reivindicação contra D, terceiro que adquiriu, acreditando no registro de imóveis, *ou* não na tem. *Quid juris?*

É verdade, redarguir-se-á, que a boa fé pode existir sem que o outorgado adquira o domínio, tanto assim que o art.

551 diz adquirir o domínio do imóvel aquele que, por dez anos entre presentes, ou vinte entre ausentes, o possuir como seu, continua e incontestàvelmente, com justo título e boa fé; mas —justo titulo‖ é o titulo de disposição (negócio jurídico obrigacional + acordo de transmissão, ou só acordo de transmissão), e não a transcrição, que é modo de adquirir (art. 580, 1). Seria de discutir-se se o negócio jurídico obrigacional, excepcionalmente desacompanhado do *acordo* (—A transmite desde logo, e E aceita‖), produz, com a posse decenal, a usucapião.

A matéria já foi tratada ao definirmos _justo título‖. Antes, § 1.197, 1 e 4. Mas há pormenores que merecem reestudo.

7.TITULO E REGISTRO TÍTULO PUTATIVO. As Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 58 §§ 3 e 4, falavam do

—justo titulo‖, como a Lei n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854. Era o título de direito das obrigações *mais* o acordo de transmissão do domínio e da posse. As Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 8, § 1, de —título‖, tão-só; as Leis n.

601, de 18 de setembro de 1850, art. 3, e n. 1.237, de 24 de setembro de 1854, art. 2.0, § 6, de —título legítimo‖.

No direito romano e nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 3, § 1, e Título 58, §§ 8 e 4, é que se baseava a ação de usucapião por dez anos. —Justo título‖ era a *iusta causa* de aquisição, o fato jurídico, principalmente negócio jurídico, hábil para se transferir, *em tese,* o domínio (L. 24, C., *de rei vindicaticme,* 3, 32: —Nuílo iusto titulo praecedente possidentes ratio iuris quaerere prohibet domímum. idcirco cum etiam usucapio cesset, intentio dominii non absumitur: unde hoc casu postliminio reverso citra beneficium actionis rescissoriae directa permanet integra vindicatio‖) —A razão jurídica proibe que, não precedendo título justo, os possuidores adquiram o domínio, de modo que a usucapião não se dá e, sem precisar de ação rescisória (nada há a rescindir-se), fica ao dono a ação de reivindicação‖. A usucapião não ocorreria; ocorreria perda da ação de reivindicação (quarenta anos, Constantino; trinta, Teodósio II), isto é, pela *praescriptio longissi mi temporis.* Em 520, Justiniano deu à posse trintenária, de boa fé, sem justo título, o produzir ação, e não só exceção (L. 8, § 1, C., *de praeseriptione XXX vel* XL *anflorum, 7,* 89).

Daí, mais um passo levou à usucapião, a despeito da diferença terminológica da L. 1, C., *de usucapione trans formanda,* 7, 81 (531)

A *justa causa* só se refere ao acordo de transmissão, e não *à* transcrição, que o direito romano não tinha como modo de adquirir a propriedade, nem como sucedâneo da *traditio:* a *transcriptio gestorurn* era apenas documentação *(instrumenta publice confecta)* . A respeito, seria de lamentar-se a confusão de A. Paocts *(La Transcriptiou,* 3) se não tivéssemos de o entender alusivo à solenidade da *traditio.* No livro de CLOVIS BEvILÁQIJA *(Código Civil Comentado,* III, 84), exigia ele a transcrição (1) para que fosse justo o titulo; mas isso seria em contradição com o art. 530, 1: se a transcrição é modo de adquirir, a transcrição basta; se lhe são necessários posse decenal e boa fé, não é modo de adquirir. Só pode usucapir quem não adquiriu. Baralhando os conceitos, CLÓVIS BEVILÁQUA incorria numa das suas frequentes incorreções; e teria visto claro, se houvesse prestado atenção ao direito do tempo em que se inseriu no Código Civil o art. 551 (usucapião decenal), estranho ao seu projeto.

Quem tem o imóvel em virtude de negócio jurídico causal, com o pressuposto da boa fé, e correram dez anos, *adquire,* se o negócio jurídico causal foi seguido do negócio jurídico abstrato (ou acordo de transmissão) . Se aquele negócio jurídico causal falhou, ou foi nulo, mas houve o acordo de transmissão, dá-se a usucapião. A usucapião vem ao salvamento do adquirente, exatamente porque não houve, como devera, a transcrição. Não importa se essa foi alertada pela falta de titulo do alienante, ou por ser inadequado à transcrição, ou por ser anulável, ou rescindível; porque o titulo é apreciado *em tese.* Se o acordo havia de ser por escritura pública, e não no foi, é nulo. O Código Civil francês, art. 2.267, diz, explitamente —te titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans‖. Não há usucapião de imóveis de valor superior a dez mil cruzeiros, ao tempo do titulo, sem que o instrumento sej a público. Trata-se, porém, de principio que se insere noutro mais geral, que estaria na L. 2'?, D., *de usur~pationibus et usucavionibus,* 41, 3 (ULPIANO), se CELSO se referisse ao nulo, no sentido de hoje: —... neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nuíla donatio, nuila dos, nuíluni legatum sit‖. Quer dizer: se não *há* doação, ou dote, ou legado, usucapião não ocorre. Depois que —nuíla‖ deixou de ser —inexistente‖, o problema estava em se saber se a nulidade se havia de tratar como o inexistente, e a afirmativa consistia em se exigir o titulo válido (não só existente), expressão equivoca, porque a anulabilidade e a rescindibilidade não obstam ao registro, nem à usucapião.

Outra questão é a do título *putativo;* isto é, se o erro escusável sobre a existência ou a validade do título permite usucapir-se sem título, ou com titulo nulo. Na L. 11, D., *pro emptore,* 41, 4, AFRICANO disse: —O que vulgarmente se propala o que crê que algo comprara, e não comprou, não pode usucapir como comprador só é verdade se o comprador não teve justa causa para o seu erro; porque, se acaso escravo ou procurador, a quem ordenara que comprasse a coisa, o persuadira de a haver comprado, e assim se lha entregou, é mais de admitir-se que a usucapião se dê‖. Na 1. 2, §§ 15 e 16, D., *pro empt ore,* 41, 4, na 9, D., *pro te gato,* 41, 8, na L. 4, fi 2, e na L. 6, D., *pro suo,* 41, 10, e na L. 44, pr. e § 4, *in fine,* D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 8, insiste-se nisso (cf. R.

STINTZING, *Das Wesen von* bona fides *und* titulus, 89-97). é de admitir-se a repulsa posterior a essas exceções ao princípio da exigência da existência e validade, o que II. FIRYING (tYber das Wesen des Titels bei der Ersitzung, *Archiv flir die civilistisolte Praxis,* 52, 415 s.) tentou provar; mas o Código Civil brasileiro, art. 551, não permite a suficiência do titulo putatívo. Aliás, assim, com invocação de J. VOET *(Commentarius ad Pandectas,* 624 s.), se entendia no direito português e luso-brasileiro (MANUEL DE ALMEIDA E SousA, *Notas de uso prático,* III, 174).

À nulidade é de ser invocada pelo oficial para se recusar ao registro, pôsto que essa regra jurídica seja ordinatória e só dê ensejo à retificação; e exclui a eficácia do título *ainda* para qualificar a posse (posse titulada) como um dos pressupostos da usucapião do art. 551.

Quem tem por si a transcrição no registro de imóveis e essa transcrição ainda não foi retificada ou cancelada, nenhuma necessidade tem de invocar a usucapião decenal entre presentes, ou vintenal entre ausentes; *porque não se precisa, nem se pode usucapir de si mesmo.* A alternação ou é dono ou usucapiu somente pode ser posta nos argumentos de parecer ou em considerando de sentença; não em conclusão ou decisão de questões de propriedade.

8. RELEVÂNCIA DO ART. 859 DO CÓDIGO CIVIL. A presunção, segundo o art. 859, é de relevância quase só processual (civil, registraria, administrativa, penal). Porém não só processual civil (cf. G. KUrTNER, Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, *Jherings Jai&rfrilcher,* 61, 117, nota 1; sem razão, J. W. HEDEMANN, *Die Vermutung,* 196 e.).

Quem se diz titular do direito e tem por si o registro não precisa

provar o seu direito. Se A é dono do prédio e foi cancelada a hipoteca, cabe-lhe, se há mister, afirmar que a propriedade é livre; não tem de o provar.

Tal permissão não é só a favor do titular do direito; é a favor e contra ele; é pró e contra qualquer figurante, ou pró e contra terceiro.

Qualquer pessoa pode ir contra a presunção, se tem interesse (G. PLANCK, *Komraentar,* Ifl, 4.~ ed., 218; sem razão, MARTIN WOLn, *Lehrbuch,* III, 27.a~32.a ed., 122). O herdeiro ou legatário do interessado pode ir contra a presunção, mas há de provar o seu direito hereditário.

Só se pode ir contra a presunção com a prova da inexatidão *material* do registro; não se pode ir contra a validade *formal* do registro. Nem a inscrição de ação de retificação (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 227, *in tine)* a exclui (só tem essa eficácia, se a sentença for retificante, J. BIERMANN, *Saehenrecht,* 108, L.

ROSENEERG, *Saehenrecht,* 898; FIt. LEONIIÂIW, *Pie Beweislast,* 411; sem razão, H. DERNBURG, *Das Biirgerliche Recht,* III, 3,8 ed., 167), porque, então, a própria fé pública desapareceria. Se há duas transcrições dif erentes a respeito do mesmo prédio, o autor tem de provar a aquisição segundo o direito material (J. BIERMANN, *Saohenrecht,* 108; G. PLANCK, *Kommentar,* III, 214; sem razão, L.ROSENEERO. *Sachenrecht,* 399, e J. W.

HEDEMANN, *Pie Vermutung,* 326 s.).

Não há presunção, fundada no art. 859, de que o direito que constava do registro continua de existir (J.

BIERMANN, *Sachenrecht,* 107; G. PLANCK, *ICommentar,* III, 212; L. RoSENEERO, *Sachenrecht,* 892).

Se há limitação ou restrição de direito, entende-se que o direito existe com essa limitação ou restrição (L.

ROSENUERG, *Sachenrech,* 390; sem razão, G. PLANCK, *Kommentar,* III, 211; C.PREDARI, *Pie Grundbuchordnung,* □

2 a ed., 65 s.). Mas o registro não basta a provar a restrição de poder (inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade), se se afirma que ela não existe (K. MAENNER, *Das Sachenrecht,* 41, nota 11). Tem-se de dar prova de que houve negócio jurídico hábil a produzir a eficácia de inalienabilização, incomunicabilização ou

impenhorabilização. Nem pode criar a presunção de *averbapio* específica do art. 178, e), IV, do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939 (regra jurídica exemplificativa 1).

A regra jurídica do art. 859 de modo nenhum apanha direitos de crédito, ou medidas cautelares, que tenham sido averbadas ou inscritas *(e. g.,* averbação de contratos de promessa de compra-e-venda de terrenos loteados, ou de inscrição de promessas de compra-e-venda de terrenos não-loteados, inscrição de penhoras, arrestos e sequestros) A presunção não concerne a circunstâncias fácticas, como tamanho do terreno, destino do prédio e existência de edifícios. Nesses pontos, admite-se prova em contrário (K. MAENNER, *Sachenrecht,* 41), sem ser para elidir presunção.

É sem importância distinguir-se, a propósito do art. 859, se o registro é criativo de direito (arts. 531 ou 532, II e III), ou somente de natureza instrumental (L. ROSENEERO, *Sachenrecht,* 385; G. PLANCK, *Kommentar,* III, 212).

9.A PRESUNÇÃO DO ART. 859 DO CÓDIGO CIVIL E SEU OBJETO. A presunção do art. 859 somente concerne a *relações fundiras,* não a *fatos.* O que se presume não é que fatos hajam ocorrido, ou deixado de ocorrer, que tornaram existente, ou inexistente o direito, e sim que o direito, agora, existe, ou não existe (cf. G. KUTTNER, Rechtsvermutungen, .*Iherings Jahrbitcher,* 61, 110 5.; sobre a distinção entre as presunções de fatos e as presunções de direitos, O. FIsCEER e W. HENLE, *Biirgenliohes Gesetzbuch,* 2.~ ed., ErI. n. 9, e J. W. HEDEMANN, *Pie Vermutung,* 270 s.). A presunção de existência concerne ao conteúdo e ao grau do direito, não, porém, à sua natureza (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 373); daí poder o. juiz interpretar que a cláusula sle inalienabilidade é proibida, O art. 639 exerce o seu papel interpretativo depois de se saber se há comunhão.

10.ÔNUS DE ALEGAR E PROVAR, FRENTE À PRESUNÇÃO DO ART. 859 DO CÓDIGO CIVIL. O que vai contra a presunção do art. 859 tem de afirmar e provar que o direito não existia, nem se constituiu com o registro; ou que o direito cancelado sobreviveu ao cancelamento. Se o titular do direito, a favor de quem há a presunção, alega que o ato era ineficaz, mas se tornou eficaz, o Onus da prova é do que veio contra a presunção, e não do alegante. Se foi cancelado usufruto vitalício (e alguém alega que o usufrutuário vive), o que atacou a presunção oriunda do cancelamento é que tem de dar prova; se o proprietário responde que houve implemento de condição final, o anus da prova

negativa devido à presunção do artigo 859 é do usufrutário (cf. H. SIna, *Das Buchrechts geschtift,* 89; (1.

KUTi?NEE, Reehtsvermutungen, *Jherings Jahrbzwh,* 61, 141 s.).

§ 1.223. A presunção do art. 859 do Código Civil

1.LIMITAÇÕES E RESTRIÇÕES. O que consta do registro de imóveis entende-se ser a expressão pública dos direitos privados, reais, que aí se registraram. Direitos, não prenotações e protestos (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 72). Em todo o caso, o arts. 859, referindo-se a direito real, tem de atender à verdade das *restrições* que sofre (não, porém, às *limitações* ao conteúdo do direito de propriedade, porque essas são irregistraveis). A clausulação por inalienabilidade ou qualquer outra, de origem negocial, restringe o conteúdo do direito de propriedade, pois, é registável. Presume-Se, então, que o direito real daquele que figura no registro de imóveis como seu titular sofre tal restrição. É assim que se há de interpretar o arts. 859 do Código Civil: —Presume-se pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu‖. No art. 860, acrescentou-se: —Se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique‖.

2.DIREITOS NÃO REGISTRAVEIS. O que não é registravel e foi registrado não goza da presunção do art. 859.

Exemplo: o direito de vizinhança. Também o art. 859 nada tem a ver com as circunstâncias de fato (O.

WARNEYER, K *ommefltar,* 73) embora constarem do registro possa ter importância probatória.

O registro faz fé e tem a presunção legal em tudo que se refira à parte indivisa e quota sobre o todo.

3.VALOR INSTRUMENTAL. Para a invocação do arts. 859 não *é* relevante distinguir-se se o direito real foi constituído pelo registro, ou se, no caso, teve apenas valor instrumental (L.ROSENUERG, *Sachenrecht,* 385).

4.RELAÇÕES DE DIREITO, E NÃO FATOS. O objeto da presunção do art. 859 são *relações de direito,* não fatos~ O que é presumido é o que,

segundo o registro, se refere à existência ou inexistência de relações jurídicas *de direito das coisas* registáveis; não o que se ligue a algum fato. Tão-pouco se há de levar em conta qualquer interpretação do negócio jurídico registrado, em vez dele mesmo. Nem qualquer referência à capacidade das pessoas que nele figuram. Devido à natureza real da pretensão, no concurso de credores, a pretensão dos arts. 859 e 860

prefere a qualquer crédito pessoal (Código Civil, art. 1.560; *L.* RoSENBERG, *Sachenrecht,* 454; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 125; E. JIEGER, *Kon.. kursordnung,* 1, 663). É bem imóvel para a incidência dos arts. 136 e 137 do Código de Processo Civil (J. BIERMANN, *Sachenrechi,* 127; O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 86).

5.A QUEM APROVEITA A PRESUNÇÃO. A presunção do art. 859 pode aproveitar a quem quer seja; não só aos que figuram no registro. Dela pode utilizar-se qualquer sucessor desde que prove haver sucedido. É o caso dos herdeiros e legatários. (O. STRECKER, Sachenrecht, O. PLANCK, *Kommentar,* I, ed., 212; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 3. ed., 107). Simetricamente, opera contra quem quer que seja, inclusive os que figuram no registro.

6. No PROCESSO. A incidência mais frequente do artigo 859 é no processo. Quem invoca o registro não precisa fazer outra prova do que afirma. Ou invocou bem, e ao seu contendor corre o ônus de afirmar o contrário e de prová-

lo; ou invocou mal, e não lhe aproveita.

Para se afastar a presunção do art. 859 tem-se de provar o contrário. Naturalmente, há de mostrar quem afirma a inexatidão que tem interesse em afirmar e provar, ainda que esse interesse seja moral ou de mera declaração (Código de Processo Civil, art. 2.0, parágrafo único). Todos os meios de prova são admitidos. Não é preciso que o afirmante prove ser o titular do direito que alega, basta que prove não estar exato o registro (O. WARNEYER, *Kommefltar,* II, 75)

A inexatidão tem de ser *material;* a presunção do artigo 859 não cobre defeitos de forma do registro e esses se regem por outros princípios, de direito público. No caso de dupla transcrição, atende-se à primeira; porém é preciso que haja mandamento do juiz para que se não dê certidão do segundo.

7.PROVA QUE O REGISTRO FAZ. Se está registrado algum direito,

presume-se que seu titular é aquele que consta do registro e que outrem não no é. Isso aproveita aos sucessores de quem figura como titular. Se não está como pretende alguém, faz prova contra essa pessoa, segundo o seu conteúdo. Se consta que se extinguiu, presume-se que não existe. Se foi, não se presume que é (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* g□a ed., III, 121), senão porque não há registro contrário. Os direitos reais e as restrições ao domínio e àqueles presumem-se ser como estão no registro.

Não importa discutir-se se o registro obedeceu, ou não, às regras de forma. É outra questão. Igualmente, a de ter havido, ou não, violação de regras de forma na retificação ou no cancelamento do registro. Se corre ação contra o registro, ou parte dele, é constitutiva negativa, e não importa para se deixar de invocar o art. 859.

O art. 859 tem incidência perante os juizes, cíveis e penais, os oficiais do registro de imóveis e nas repartições públicas

(G. KUTTNER, Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, *Jherings Jahrbiicher,* 61, 117). O

que tem direito registável e registrado precisa afirmá-lo, porém não prová-lo.

8. ELIDIR DA PRESUNÇÃO. Para se elidir a presunção é de mister afirmar-se e provar-se. Exemplo: se foi registrado usufruto ou servidão, provar que não foi deixado ao que se diz tê-lo; ou, se se registrou servidão, que se não constituiu. Se foi extinto, *e. g.,* pela morte do usufrutuário, é o art. 859 que se invoca. Faz-se a prova do *fato* determinante da extinção. Se consta do registro que o usufruto se extinguiu e a propriedade se consolidou *(e. g.,* condição resolutiva), o usufrutuário tem de afirmar e provar o contrário (E. SIBER, *Buch rechtsgescMft,* 86), porque o proprietário tem por si a presunção do art. 859.

§1.224. TRANSCRIÇÃO, PRESUNÇÃO E FÉ PÚBLICA

§ 1.224. Transcrição, presunção e fé pública

1.EFICÁCIA E CONSEQUENCIA . Da transcrição resulta *presumir-se* que é dono do bem imóvel aquele que no registro figura como adquirente

e que fora dono, antes de cada transcrição posterior, aquele que fora, pelo registro, adquirente. O art. 859 do Código Civil estatui: —Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu‖. Na Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, arts. 8.0, § 4~O, dizia-se: —A transcrição não induz a prova do domínio que fica salvo a quem for‖. Repetiu-o o Decreto número 3.453, de 26 de abril de 1865, arts. 258; e o mesmo está no art. 235 do Decreto n. 370. A melhor redação do princípio é a do Código Civil, art. 859. Corresponde a regra jurídica à finalidade mesma do registro, que é a de tomar conhecidas *de todos* as modificações jurídicas da propriedade imobiliária. As modificações juridicas, que se passam com a propriedade imobiliária, dependem de pressupostos materiais e formais; e a lei estabelece que o registro há de corresponder à verdade do que ocorreu, ou ocorre, no mundo jurídico. Se essa correspondência existe, ou se não existe, é questão de fato. Mas o sistema jurídico falharia aos seus fins se não pusesse a presunção a favor do que consta do registro. Essa presunção é que poderia ser inelidível, ou elidível. A segunda solução técnica é a que melhor atende aos interesses em causa, à necessidade do registro, com fé pública, e à necessidade de se observar o principio da juridicidade do registro.

O art. 859 é completado pelo art. 860, parágrafo único:

—Enquanto se não transcrever o titulo de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel, e responde pelos seus encargos‖; e pelo arts. 293 do Decreto n. 4.85?, de *9* de novembro de 1939: —O registro, enquanto não for cancelado, produzirá todos os seus efeitos legais, ainda que por outra maneira se prove que o titulo está desfeito, anulado, extinto ou rescindido‖ (Decreto n. 3.453, de 26 de abril de 1865, *arts.* 106; Decreto n. 370, arts. 103). A critica de LÂFAIETE RODRICUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 155, nota 21) era injusta.

Entendia ele que é —iníqua e sem razão‖ a exigência do cancelamento para que se refletisse na eficácia o desfazimento, a anulação, a rescisão ou resolução do titulo. Ora, sem razão seria o contrário. Para que o cancelamento se dê, é preciso fazer-se a prova. Dir-se-á que essa pode constar de sentença. Em verdade, porém, a sentença, para que tenha a consequência de *mandar* que se cancele (o que não é o mesmo que cancelar), há de conter *carga de eficácia mandamental* que baste; e isso só se dá se o próprio juiz dos registros a profere, ou se a decisão favorável ao autor, em virtude do pedido e tendo competência o juiz, há de ter aquela carga de eficácia mandamental.

2.CONTEÚDO DO ART. 859 DO CÓDIGO CIVIL; RELAÇÕES JURÍDICAS E PRESUNÇÃO. (a) A presunção do art. 859 não concerne a *fatos;* só tem por objeto *relações jurídicas.* Ao tempo dos *Motive* (III, 155) do Código Civil alemão, tomava-se por sem importância a distinção, e as três primeiras edições de G.PLANCK refletiram essa concepção do objeto da presunção tratada pelo § 891. Nem se presume que o oficial atendeu a todos os elementos fáticos, nem que tenha existido o negócio jurídico causal, ou o próprio acordo de transmissão ou negócio jurídico unilateral, a que se refere a transcrição, ou o cancelamento (G. KuTTNER, Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, *Jherings .fahrfriicker,* 61, 110 s. e 141 s.; J. W. HEDEMANN, *Die Vermutung,* 270 5.; H. SIBER, *Das Buchrech,tsgeschdft,* 277 s. e 285 s.). Conhecer a transcrição é, pois, conhecê-la *no que ela informa sobre a propriedade no momento.*

(b)A presunção do art. 859 não concerne à *transcrição mesma,* nem a *indicações de fatos* constantes dela. A situação do imóvel, as suas dimensões, a existência das suas pertenças e as suas qualidades, a sua comercialidade (art. 69), o ter caminho público que o atravesse, ou o margeie, ou não no ter (WALTER SCHMIDT, Bezeichnung einer Grundfláche, *Deutsch.e Juristen-Zeitung,* 19, 302 s., contra BovENSIEPEN, 18, 1199), não são objeto da presunção legal. Mas é objeto de presunção legal o ser do adquirente o que se descreve, inclusive pertencer-lhe o que se disse no ato transcrito ser-lhe transmitido.

No direito brasileiro, o registro imobiliário não é simples meio de publicidade, é meio de aquisição, modo de adquirir. Os que estão de boa fé adquirem, pelo registro, ainda que a pessoa que declara transferir não seja dono.

Quanto aos terceiros, o que importa é que conste do registro o nome daquele que lhes transferiu o bem imóvel. O

registro tem fé pública; e é necessário que o tenha. Para se obviar aos inconvenientes disso, há a responsabilidade pelo ato ilícito, por parte dos causadores da inexatidão inoperante, e a responsabilidade do oficial do registro de imóveis. Quem adquire imóvel precisa estar seguro do que adquire, *pelo registro.* O adquirente de boa fé, qualquer que seja, é imune às reclamações dos que *seriam,* sem essa transcrição, ou inscrição, donos. O que, terceiro, adquiriu de má fé, pode ter responsabilidade pessoal, mas adquiriu.

Se o registro do imóvel não é exato, o prejudicado pode pedir a

retificação (art. 860) ; isto é, enquanto outrem, que aquele que promoveu o registro *acoimado de inexato,* não adquiriu a propriedade. O art. 860 não pode ser interpretado sem se atender ao art. 530, 1, e ao art. 859: àquele, para se saber até quando persiste a pretensão retificatória; a esse, para se dar o ônus da prova ao que pede a retificação.

§ 1.225. Fé pública

1.CONCEITO DE FÉ PÚBLICA. Fé pública é o —crédito que a lei concede a outras pessoas para o que é do seu ministério‖ (PEREIRA E SOUSA, *Esbôço de um Dicionário Jurídico,* II, verbo *Fé)* . A fé pública faz ter eficácia, como sendo exato, o registro inexato, enquanto ela não cessa. O terceiro adquirente *a. non domino* —adquiriu‖, como se o alienante fosse o verdadeiro proprietário. O interessado tem de providenciar, não porém porque, em não ter providenciado, dê ensejo a que o não-dono obtenha a transcrição a favor de outrem. Seria o que HERBERT Minta *(Das Publizitiitgpflflzip,* 94 s.) chamou o * *principio da ocasião,* a que faltam raízes históricas, e é sem base sistemática (GÚLLER, *~jnfreiwilliger Beàitzverlust und gutglãubiger Fahrniserwerb,* 17 s.). O que não cogita de pôr em perfeita correspondência a relação de propriedade e o registro não se expõe a que outrem adquira porque *deu causa* a isso, e sim porque, para se atingir ao fim, a que serve a concepção da fé pública, tem ele de ficar exposto. O

**principio dos ocasião* poria como causa o que é efeito. Seria melhor do que o expediente do registro, dir-se-á, a solução que não precisasse de ter *como* exato o registro que o não é; mas, na falta de tal solução, que com igual êxito protegesse o tráfico tem-se o *principio da publicidade,* com as suas vantagens e os seus inconvenientes. Assim, (a) a disposição a favor de terceiro, que esteja, ou não, de boa fé, é eficaz, como se o registro não fosse inexato; (b) a aquisição, em caso de se ter cancelado, por erro, algum direito real, é da propriedade livre, tal como aparece, publicamente, segundo o registro; (e) os direitos que o terceiro adquire, em virtude da fé pública do registro, não são derivados do patrimônio do alienante não-dono, nem derivados do patrimônio do titular que não constava na transcrição, é originária.

2.LIMITES DA FÉ PÚBLICA (DISPOSIÇÃO ORIUNDA DE NEGÓCIO JURÍDICO). A fé pública do registro de imóveis somente assegura *a disposição* que prove-lo de negócio jurídico. Não assegura a quem obteve a propriedade em hasta pública, em virtude de execução

forçada, ou pela lei; nem há fé publica quanto à existência da sucessão testamentária, ou legítima. O herdeiro do não proprietário não pode invocar a fé pública que adviria da transcrição da partilha (MARTIN *WOLFV, Lehrbuch,* 111, 27.a 32.a ed., 125). Tão-pouco, a transcrição da partilha entre cônjuges produz fé pública. Nem podem invocar a fé pública do registro os que constam, indevidamente, do registro como proprietários, e entram com os bens para companhia de que são sócios.

A *publica fides* não protege aquele que seria beneficiado pelo acordo de transmissão se estava de má fé, isto é, se sabia que a transcrição, que obteve, não podia fazer-se, por não consta do registro quem figurou como transmitente, porque só há *publica fides* do livro a partir do registro. A respeito é preciso que não se confundam o principio da *publica fides* e o principio da presunção de exatidão do registro. Pois que se presume exato, é preciso que se proponha ação para se retificar o registro inexato (cp. G. NtYTZEL, *Der Er*"*werb in gute?fl Glauben,* 8 s.).

A fé pública não protege: o adquirente que conhecia a inexatidão do registro quanto ao imediato alienante (não basta, em geral, a ignorância por negligência inescusável; só o conhecimento da inexatidão exclui a boa fé, porque todos podem confiar no registro; porém é possível haver *dever de conhecer;* cf. Código Civil suíço, art. 974, 1.‘

alínea: —kennt oder kennefl solíte‖; F. REGELSBEROER, Gesetz und chtsanwendUng, *.Jherinos Jahrbiicher,* 58, 154, *de lege lerenda).* Nenhum texto brasileiro dá por suficiente a negligência inescusável. Cada uni tem de confiar no registro; a ignorância das leis não o protege; todavia, somente onde há *dever de conhecer,* como acontece com o que foi consultado sobre a inexatidão e opinou, embora não a tivesse examinado, se pode pensar em bastar o dever de conhecer. Se A não era dono e alienou a B constando do registro a transmissão de A para que se exclua a boa fé a B, é preciso que se prove que B *conhecia,* ao adquirir, que A não era dono - Se não se prova isso, B tem por si o registro. Se de *outra* transcrição se depreende que não houve a aquisição pelo que invoca a boa fé, não cabe falar-se de fé pública: a carga a favor da transcrição (+T) é excluida pela da outra (T). É pela mesma razão que a inscrição do processo de retificação exclui a fé pública do que se vai retificar, posto que não exclua a presunção do art. 859.

3.PROTEÇÃO ORIUNDA DA FÉ pÚBLICA. No direito brasileiro e no

alemão *(alitett,* no inglês), se A tem a posse do que lhe pertence, mas foi transcrita, indevidamente, a alienação a C *(e.* g., por B, ou por A, incapaz), que, por sua vez, o aliena a D adquire a propriedade, *embora sem posse.*

No direito brasileiro, a fé pública protege ao adquirente a titulo gratuito como ao adquirente a titulo oneroso (assim, o direito alemão; *alitett* o direito prussiano anterior, cf. Lei de 5 de maio de 1872, § 9, e o direito inglês). No Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, o art. 221, *in fine,* somente ressalvou da eficácia das sentenças de retificação e anulação do registro —os direitos adquiridos por estranhos de boa fé e a título oneroso‖ (Decreto xi.

4.857, de 9 de novembro de 1939, artigo 281), porém esse texto se chocaria com o sistema jurídico, baseado em leis.

O Código Civil nenhuma distinção fez. Os adquirentes a titulo gratuito são tratados como os adquirentes a titulo onero ao. (O que se distingue é quanto à pretensão pelo enriquecimento injustificado que se dirige contra o adquirente a titulo gratuito, ainda que de boa fé, e contra o adquirente a titulo oneroso, se de má fé; cf. art. 968, parágrafo único, onde a expressão —reivindicação‖ foi ZapaiM *Unguae. A* grande importância prática no caso de concurso de credores do donatário. Outrossim, se o donatário de boa fé transmite, a titulo oneroso, a quem conhecia o que antes se passara.)

O sistema brasileiro é preferível ao alemão e ao suíço. A transmissão da propriedade imobiliária pela transcrição (publicidade), com as responsabilidades pelo ato do oficial do registro de imóveis, pode ser e deve ser abstrata, com melhores fundamentos que a transmissão da propriedade mobiliária.

O bem móvel é mais exposto a ser furtado, perdido, ou de outro modo extraviado.

Os princípios concernentes à fé pública incidem quanto a direitos reais, *mutatis mutandis.* Assim, o art. 178, *a),* II, III, IV, X, XI, XII, do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, trata de espécies em que há fé pública. *Áliter,* onde não há pensar-se em direito real *(e.* g., art. 178, *a),* 1, VI, VII, VIII, IX, XIV), ou em direito real imobiliário *(e.*

g., art. 178, *a),* V e XIII). Qualquer registro de mudança no grau do direito real tem a tutela da fé pública; bem assim o da renúnda (H. WILLENBUCHER, *Das Liegenschaltsrecht, 38;* W. TURNAU-FÕESTEIt, *Das Liegenschaftsrecht,* , 2. ed., 280; H. SIBER, *Das Buekrechtsgeschtilt,*

51 s.; cf. *G.* PLANCK, *Kommentar,* III, 231).

Há, também, fé pública quanto à denúncia que atinja o direito real. Quanto às inscrições provisionais dos arts. 178, *a),* VI e VII, e 227 do Decreto n. 4.857, cumpre insistir: nas espécies do art. 178, a), VI (penhoras, arrestos, sequestros e demais medidas cautelares), não há a tutela da fé pública; nem nas espécies do art. 178, *a),* VII (citações de ações, reais, ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis) no tocante à inscrição provisional do art.

227 do Decreto número 4.857, também não, porque, se encobre a fé pública (eficácia 1) da transcrição ou inscrição impugnada, ainda que mandada em processo cautelar,preparatório ou não, tal eficácia contra fé pública não permite ter efeito a fé pública.

Se E herdou de A o prédio e a hipoteca sobre outro prédio, a partilha foi registrada e D pede a reivindicação do prédio, ou o cancelamento da hipoteca, o registro da partilha de nenhum préstimo é para B. Dá-se o mesmo se C

herdou de E e E herdara de A, tendo havido a transcrição da partilha no inventário de A e da partilha no inventário de B, porque O só tinha os direitos que A teve, salvo usucapião (titulo de aquisição originária). Se B herdou de A e vendeu a O, após a transcrição da partilha, a ação de reivindicação de D contra O

estaca diante da fé pública do registro a favor de O, que adquiriu pela transcrição do negócio jurídico bilateral, não mais suscetível de retificação. Se B houve o prédio por divisão da fazenda de que eram condôminos A e E (art. 531, 1), e D pretende reivindicar parte da fazenda, ou toda ela, não há fé pública que tutele a B. Idem, se B houve o prédio por ser credor de A e ter-lhe sido adjudicado em pagamento da dívida (art. 532, II). Se E arrematou o prédio, ou lhe foi adjudicado em hasta pública (art. 582, III), dá-se o mesmo: se D pede a reivindicação, é contra as alegações de D que tem de ir E, sem que lhe baste a alegação de fé pública, que não cabe. Se, porém, O comprou a E, em qualquer das espécies do art. 532, 1, II e III, a D pode objetar C que adquiriu a propriedade em virtude de transcrição (art. 530, 1). Se O recebeu o prédio em pagamento de dívida da herança de B, que o herdara, como parte de prédio em comum com E, de A, tendo-se procedido à divisão, D pode reivindicá-lo de O, sem que O possa objetar a fé pública. Dar-se-ia o mesmo contra o credor de O, a que houvesse sido adjudicado, em hasta pública, o bem imóvel, ou contra o arrematante. na execução contra C.

A vende e transmite a B a fazenda, a respeito da qual consta servidão a favor do prédio vizinho, pertencente a O, mas está extinta. B tem a pretendo à reivindicação; se O infringiu, com a .falta do cancelamento, dever perante A, cabem a esse a ação de condenação, a de indenização e a de cominação, para que proceda à retificação. Se A vende e transmite a E a fazenda, uma de cujas. porções está, no registro, indevidamente, em nome de O, E somente recebeu, pela transmissão, a fazenda *menos* aquela porção, mas A tem pretendo à retificação contra O. O que A pode fazer é ceder a B a pretensão à retificação, ou pedir a retificação.

4.O QUE SIGNIFICA A FÉ PÚBLICA. A fé pública, em matéria de aquisição da propriedade imobiliária, significa que o adquirente do imóvel precisa estar a par do livro fundiário, quanto ao que é positivo e quanto ao que é negativo no tocante ao bem. Não se estende ela a direitos, pretensões, ações ou exceções que existiriam ainda se não transcritos ou inscritos os atos de que se irradiam (L. ROSENEERO, *Sachenrecht,* 407). A fé pública refere-se ao domínio e aos outros direitos reais, inclusive alterações nesses direitos, razão por que, antes de registrados, são inoponíveis ao que adquire conforme o registro, salvo se figurante do negócio jurídico alterante o adquirente. A fé pública não se estende ao que seria irregistrável e foi registrado.

Se houve dois registros, sem historicidade entre si, dando-se contradição, em toda a matéria contraditória não há fé pública, enquanto se não reduz a contradição, ou não se elimina; só decide, então, a situação jurídica material (K.

MÂENNER, *Das Sachenrecht,* 42 s.; J. BIERMANN, *&Lthtnret2ht,* 111; G. PLANCE, *Kommentar,* III, 219; sem razão: L. ROSENEERO, *Saehe"nrecht,* 412; *G.* GIYTHE, *Die Grundbuchordnuflfl,* 3. ed., 77, nota 58; H.SAWITZ, *Der InIwJt des Gntndbuches naeh* § *892 BGE.,* 35 s.). A fé pública dos livros de registro deve ser apreciada no conjunto de todas as transcrições e inscrições.

Os registros formalmente *nulos* não gozam de fé pública; nem aquele que tem conteúdo juridicamente impossível, ou ilícito (cf. L. ROSENBERO, *Sachenrecht,* 408; H. SAWITZ, *Der Jnhalt,* 44). Seria sem fé pública o registro concernente à transmissão, entre vivos ou a causa de morte, de bem fora do comércio, ou, entre vivos, de bem inalienável.

O adquirente entre vivos, que se fiou do registro, pode, se obteve registro, invocar os arts. 53% 1, e 531. *Tal* o *direito brasileiro.* Idem,

quanto aos outros direitos reais. A aquisição de pretensão obrigatória contra o que consta como titular não goza da tutela da fé pública (G. PLANCK, *Kommentar,* III, 4.~ ed., 222; J. BIERMANN, *Sach.enrecht,* 118) Não importa se a aquisição foi a titulo gratuito, ou oneroso. Já dissemos que não no pode invocar o que adquire a parte do herdeiro, antes da partilha e registro, porque, aí, somente há cessão de direito de herança, e não de direito de propriedade ou de direito real sobre imóvel pertencente à herança (O. WARNEYER, *Kornmentar,* II, 78). O que é preciso é que o último alienante conste do registro. O adquirente precisa não ser idêntico ao alienante (J. BIEEMANN, *Sackenrecht.* 116; L. ROSENSERG, *Sachenrecht,* 416; A. vON mER, *Der Áligemeine Teu,* II, 186, nota 76-a).

A fé pública não protege o adquirente por fusão de sociedades por ações (O. WARNEYER, *Kornmentar,* II, 78), ou por outra sucessão universal, ou por estabelecimento da comunhão matrimonial de bens, ou por doação a causa de morte

(G. PLANCK, *Kommentar,* IV, 4~a ed., 221; L. ROSENRERO, *Saehenrecht,* 414), ou por legado. No tocante a bem imóvel adjudicado em pagamento de divida (arts. 531, II, e 532), o que recebe em adjudicação não é protegido, porque o devedor ou seus sucessores podem não ter sido donos do bem imóvel adjudicado.

O que recebe o bem imóvel, em virtude de adjudicação em hasta pública, ou arrematação, não é protegido pela fé pública (arts. 531, III, e 532). Outrossim, o que é credor garantido por ato processual.

5.TERCEIRO ADQUIRENTE E FÉ PÚBLICA. O efeito da fé pública é que o terceiro adquirente só se tem de guiar pelo registro. Não importam informações extra-registro. Tal efeito é a favor do adquirente; e não contra Cle, nem a favor de outrem. Por isso mesmo, se adquire como hipotecado o bem imóvel que não mais estava, adquire-o livre (a ação, que possa caber, contra ele, por existir contrato sobre isso, é outra questão). A fé pública não cobre, todavia, a inexistência, invalidade ou ineficácia do negócio jurídico em que o terceiro foi adquirente.

O Código Civil brasileiro não diz que o terceiro, que adquiriu o imóvel, cuja transmissão, ou aquisição (sentença de usucapião, transcrita), constava do registro, precisa provar ter estado de boa fé, ao adquiri-lo. Não cabe, aqui, invocar-se o § 892 do Código Civil alemão, que só exclui a pretensão à retificação do registro se houve inscrição da oposição (no direito brasileiro, a *inscrição* do processo de

retificação, a que se refere o art. 227 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939), ou *se a inexatidão do registro era conhecida do adquirente.* A segunda espécie não está prevista no Código Civil; a primeira, sim. A ignorância só se há de exigir a quem foi figurante, porque esse é o legitimado passivo, ou aos figurantes, porque todos o são. (De passagem observemos que a boa fé que se apura quanto ao que adquiriu a não-dono, que não conta do registro, é o não-conhecimento de não contar do registro o outorgante, o que dificilmente pode ocorrer. Sobre a discussão em torno dessa *bons (ides,* A. EXNER, *Pie Lehre vovn RechtSeflVtrb durch Traditiofl,* 289, e *Das Publitio*, e W. vON BRISNECS, *tiber den VrspNNU des* ius ad rem, 92. A boa ié, repitamos) é rarissifliL porque há o dever de conhecei o registro, inclusive no que é negativo.) As limitações de poder, que são no interesse público operam contra qualquer adquirente) porque não precisam de registro (3. BIERKÂNN, *Saohenrttht,* 113). No direito brasileiro, as restrições de poder (inalienabilidade de origem negocial, incomunicabilidade de origem negocial, etc.) tem de ser registradas (Decreto n. 4.357. de 9 de novembro de 1939, artigo 178, e), IV); há fé pública do registro.

As condições e os termos também tem registrabilidade com fé pública, razão por que não tem eficácia somente entre determinadas pessoas (G. Gt)THE, *Dia Gr,ÂfldbtLOhOrdnnQf* 3. ed., 245, nota 80; F. ICRETZ5CHMÂL *Das Saehe,flreekt,* 118; HAGEIÇANN, Der Schutz des gutgliubirn Erwerbes edingte Uechte, *DeutSChO*

Juri3tt,t~Zeitun0~ 13, 1339 a.; L. ROSENE~. *Saehettrecht,* 420; sem razão: *e. g.,* J. BIERMANN, *8acheitrecht,* 112; 1K. MAENNER, *Das Sache nrecht,* 47), advertir-se em que há, no direito brasileiro, fora dos fideicomissos, que são figura jurídica especial, condição suspensiva da propriedade imobiliária. (Não se confunda com condição suspensiva no negócio jurídico causal de alienaçãO, como o contrato de compra-de-venda.) Se algum direito real, que se há de registrar, consta do registro, tem-se como direito existente; e qualquer negação dele é negação da exatidão do registro de imóveis. Dai terem os terceiros de reputar exato, por sua fé pública, o registro: se não existia, inexato é o registro, e contra o registro é que se há de ir, se há os pressupostos para a ação de retificação e se ainda cabe. O livro fundiário é inexato se o seu conteúdo se choca com a relação jurídica real, que dele nasceria. Se já havia registro, que atribui a outrem o direito, o registro é inexato. Idem, se houve hipoteca, e do registro não consta (L. ROSENOEBO, *Sachen-* 1.225. 7 PUBLICA *recht,* 403; cf. Q. PLANCK, *KorsTsWlttar, ~*

4.m cd., 221, Que protege o cessionário da hipoteca, se sobrevém a inscrição).

6. TERCEIRO E INSCRIÇÃO DO PROCESSO DE RETIFICAÇÃO Se trata de terceiro, não se precisa inquirir se ele se fiou, ou não, concretamente, do registro. A inscrição do processo de retificação somente *impede* a aquisição pelo terceiro; não 85 tem qualquer efeito no passado. Se o acordo de transmissão, excepcionalmente. ocorreu depois do registro, é ao tempo da transcrição que se há de apreciar a aquisição pelo terceiro, e não ao tempo do acordo de transmissão (G. PLANOS, Kommen *tar,* 4.ª ed., 224; 1(. MAENNER, *Das Sachetrecht,* 51, nota 49; E.

OBERNECK, *Das Reiehtgrl.tttdbuehrcht. 1,* 4.ª ed., 387; sem razão, K. XOBER, em 3. v. *Seudifloera Kommentar, 3ª* ed., 189). Diga-se o mesmo quanto a inscrições e averbações, se o acordo sobrevém. Se discute a nulidade ou anulabilidade, ou resolução, ou. outra causa de invalidade, ou de ineficácia, e houve a inscrição do processo, tendente, imediata ou mediatamente, à retificação, encobre-Se a *fé* pública.

Se faltava assentimento de alguém, ou consentimento, e depois ocorreu, então, sim, a retroeficácia se opera a favor do adquirente (O. WARNEYER, *Komentar,* II, 81) -

7.EXTINÇÃO DA AÇÃO DE RETIFICAÇÃO. O assunto praticamente mais importante. em matéria de propriedade imobiliária registrada e direitos reais imobiliárias registrados, é o de se saber quando se *extingue* a ação de retificação.

Extingue-se a pretensão à retificação: a) pela satisfação. isto é, se operou a retificação que se exigiu; b) pela desaparição da inexatidão, como se, tendo alguém adquirido, ineficazmente, de não dono, passou a ter eficácia a aquisição , por ter o alienante adquirido, depois, a propriedade, ou se sobrevelo o *acordo,* que faltara; e) se houve usucapião; *d)* se o que constava do registro alienou a terceiro, que adquiriu pela transcrição (arts. 531 e 530, 1).

A fé pública do registro não surte efeito se a simples inspeção, ou a notoriedade da inexatidão exclui que se posse& ter confiança? A resposta em diz-eito alemão é afirmativa (cf. MARTIN WOLTV, *LehrInwh,* 111, 27.'-32. ed., 130); no direito brasileiro, negativa. O registro, tal como se certifica, ou consta do traslado, registro é, e tem fé pública. Se do registro não consta o que o oficial do registro certificou, ou portou por fé no traslado, então, sim, registro não existe, e pois não há fé pública. O oficial do registro é, apenas, ai, falsário. Adiante, §§ 1.249 e 1.252.

8.TRANSCRIÇÃO E AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA.

O que adquire porque obteve transcrição, antes de outrem, a quem o titular do direito alienara antes, adquire ao dono, e não *a nos domino.* Tão-pouco adquire *a nos domino* o que, fiando-se do registro, adquiriu do que dele constava, embora sujeito a ações de cancelamento, ou a outra ação e a essa; o que consta do registro, exposto à ação de alguém, que seria o dono, é *dominus,* diante de terceiros e do próprio

prejudicado. A explicação que ve no titular segundo a transcrição pessoa investida de poder de dispor da coisa alheia é fantasiosa. O poder de dispor é do próprio dono segundo o registro, e não do que seria dono segundo a historicidade dos direitos. Tão-

-pouco, é de se admitir que a aquisição seja derivada. A referência a *nos dominus,* nos sistemas que tem a transcrição dos negócios jurídicos transíativos e só ela transfere a propriedade, é reminiscência do direito anterior ao registro de imóveis e revela, apenas, que se está no plano da sequência registária (encadeamento *publicado* das aquisições) e se alude, não obstante isso, ao que se teria passado no plano da historicidade dos direitos, *fora* do registro.

A aquisição em virtude da transcrição com fé pública (arts. 530, 1, e 581) funda-se em que a segurança do tráfico exige que se dê ao registro, em certos casos, tal fé. Por isso, são os negócios jurídicos entre vivos tratados especialmente, limitando-se a eles tal eficácia da fé pública. Não se justificaria tal tutela em se tratando de situações que somente caberiam no art. .582. (Pretendeu G. VENEZIAN, *La Tutela. dell‟Aspettativa,* 2 e., que, ai, se elimine a defesa social, porque o interessado não se defendeu, o que não tem fonte histórica, nem merece acolhida em boa sistemática.) O sacrifício do direito do *dominus* diante da tutela da aquisição *a* nos *domino* (se nos pomos no plano da historicidade dos direitos) baseia-se, *de jure condendo,* no interesse do tráfico, uma vez que a instituxção do registro diminui os riscos do dominus sem registro do bem imóvel e os riscos da transcrição sem historicidade do bem, tanto mais quanto se deu ao oficial a responsabilidade perante o Estado e ao Estado perante o *dominus* (Constituição de 1946, art. 194 e parágrafo único; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, arte. 37 e 38) e ao oficial do registro se criou o dever de vigilância que resulta dos arte. 214-219 do Decreto n. 4.857.

9.SUPORTE FÁTICO DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PELA TRANSCRIÇÃO. O suporte fático da aquisição a quem consta do registro, sem ter tido direito a isso (arts. 530, 1, e 581), não é o da transferência negocial, que se supôs existir, com toda a eficácia, e sim suporte fático *diferente,* em que a lei aproveita o negócio jurídico e, adicionando-lhe elemento plus (o da eficácia da fé pública), cria aquisição segundo o registro. Dispor é exercício de um dos poderes contidos nos direitos, pretensões, ações e exceções; legitimação para dispor é a possibilidade, subjetivamente considerada, de transferir gu desinvestir-se, unilateralmente, de direito, pretensão, ação ou exceção. Contém-se na titularidade do direito (HEINEMANN, Die

Verwaltungsrechte an fremden Vermôgen, *Gruchots Beitriige,* 70, 502 s.). Ora, o que consta do registro, embora sem dever constar, está investido de tal poder, porque o artigo 859 estatui: —Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu‖; e o art. 860 previu: —Se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique‖.

§ 1.226. Transcrição e inscrição e, (No escusado discutir-se a propriedade —inscrição‖. O sentido, que se 1. Os DOIS CONCEITOS DIREITO BRASILEIRO. Seria de dos termos —transcrição‖ lhes deu, fixou-se.

(a) A transcrição e a inscrição fazem-se em livro que se submete ao *principio da publicidade: a)* O livro é formalmente público (qualquer interessado pode inspeccioná-lo e a qualquer pessoa é dado pedir certidão; Decreto n.

4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 19: —Os oficiais, bem como as repartições encarregadas dos registros, serão obrigados: 1.0, a passar as certidões requeridas; 2.0, a mostrar às partes, sem prejuízo da regularidade do serviço, os livros de registro, dando-lhes, com urbanidade, os esclarecimentos verbais que pedirem‖; Decreto n. 3.458, de 20 de abril de 1865, arts. 80; Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 77; Decreto n. 4.715, de 16 de fevereiro de 1908, art. 51; Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 19; Decreto n. 4.857, arts. 20: —Qualquer pessoa poderá requerer certidão do registro, sem importar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido‖; Decreto numero 9.886, de 7 de março de 1888, art. 38; Decreto n. 3.453, arts. 81; Decreto n. 18.542, art. 20; Decreto n. 370, art. 78). Há *direito subjetivo (público) 4 certificação.* As certidões são passadas sem dependência de qualquer despacho judicial, devendo referir-se aos livros de registro, ou a documentos arquivados, a esse pertencentes (Decreto n. 4.857, art. 21; Decreto n. 3.453, arts. 83 e 85; Decreto n. 9.886, art. 38; Decreto n. 370, artigos 80 e 82; Decreto n. 4.755, arts. 57; Decreto n. 18.524, artigo 31). As certidões hão de ser passadas por inteiro teor, em resumo, ou em relatório, conforme o quesito, ou quesitos, ═da petição, se houver, não podendo o oficial retardá-las por mais de cinco dias (Decreto n. 13.556, de 30 de setembro de 1943, arts. 3.0; cf. Decreto n. 3.453, arte. 86 e 88; Decreto

n. 9.886, arts. 38; Decreto n. 370, arts. 83 e 85; Decreto número

4.775, arts. 58; Decreto n. 4.857, art. 22; Decreto n.

18.542, art. 24). Para tornar segura (o texto legal diz —possível‖) a verificação da demora, o oficial, logo que recebe o pedido de certidão, dá à parte (tem dever de fazê-lo) *nota de entrega,* devidamente autenticada (Decreto n. 4.851, arts. 24; Decreto n. 3.453, art. 89; Decreto n. 370, arts. 86; Decreto n. 4.775, art. 59; Decreto n. 18.542, arts. 24). No caso de recusa, ou de demora da certidão, pode o interessado reclamar à autoridade judiciária ou administrativa competente, que deve providenciar com presteza, aplicando, se for o caso, a pena disciplinar. estabelecida (Decreto n. 4.857, arts. 23; Decreto n. 3.453, art. 82; Decreto n. 9.886, art. 45; Decreto n. 870, arfa. 79 e 85; Decreto n. 4.775, arts. 56 e 58; Decreto n. 18.542; art. 23). Sempre que há alguma alteração posterior ao ato, cuja certidão se pede, deve o oficial mencioná-lo, não obstante as especificações do pedido, sob pena de responsabilidade civil e penal (Decreto n. 4.857, arts. 25; Decreto n. 3.453, arts. 87; Decreto n. 9.886, art. 38; Decreto n. 370, art. 84; Decreto n.

18.542, arts. 25). O interesse, que o art. 84 do Decreto n. 370 protege, como as regras dos outros decretos, só diferentes em redação, é *público;* de modo que o interessado na certidão ou o que a pede não pode dispensar a menção. O termo de alteração há de constar, em inteiro teor, nas respectivas certidões (Decreto nº. 4.857, art. 25, parágrafo único).

O art. 141, § 36, III, da Constituição de 1946, pode ser invocado, inclusive em pedido de mandado de segurança, se os pressupostos para ele se compõem.

2.PRINCÍPIO DA TRANSCRIÇÃO. (b) Diz-se *principio da transcrição* (da inserção, *Eintragungspriflzip)* o da aquisição da propriedade pela transcrição: não importa se a sequência de transcrições corresponde à sequência das transmissões na vida fática e no campo dos negócios jurídicos obrigacionais. A esse resultado de possível superposição do jurídico, em direito das coisas, ao fático e ao. próprio *histórico* dos direitos servem a presunção legal da exatidão do registro e a fé pública do oficial. A tradição não basta, nem, *a fortiori,* o acordo; é preciso que se dê a transcrição mesma. Todavia, como se desenvolve no § 1.257, o princípio da transcrição não apanha aquele casos em que apenas se partilhou, ou dividiu, porque o arts. 533 não se referiu ao art. 532, 1. Consequência: a transcrição apenas estabelece a presunção do art. 859; não protege o herdeiro, legítimo ou testamentário, nem o comuneiro,‘ se o bem imóvel não era do decujo, ou da comunhão, e

cabia contra o decujo ou a comunhão a ação de retificação; não se tem mais efeito de direito material do que entender-se herdado ou dividido o que se partilhou, ou dividiu. As espécies do art. 532, II e III, não gozam do princípio da fé pública,. que protegeria o figurante, gozam do princípio da presunção e sujeitam-se ao principio da transcrição.

Simétrico ao princípio da transcrição, existe o *princípio da inscrição* dos direitos reais. Erraria quem visse no ato transcricional, ou Inscricional, em todos os casos, somente uma eficácia. A transcrição dos negócios jurídicos transiativos e da renúncia é *constitutiva,* criadora de direito, ou modificadora. Porém a transcrição das sentenças de a dicação ao herdeiro universal único não no é: tudo, que se lhe adjudica, já era seu. A eficácia é somente instrumental, documentante. A sentença de partilha é *executiva;* a transcrição assegura a nova situação, diferente, necessariamente, daquela que existia ao falecer o decujo.

3.PROVOCAÇÃO DO REGISTRO; LEGITIMAÇÃO ATIVA. (e) A provocação do registro, transcrição ou inscrição, é por parte dos interessados. Às vezes, o pedido exigência vai por intermédio do juiz, que *manda* fazer-se a transcrição, ou autoriza a provocação. Ai, a função do juiz é a de decidir sobre a legitimação do que pede e sobre os pressupostos da transcrição. No direito brasileiro, a provocação é livre aos interessados, se precedeu o consentimento para a transcrição, que, conforme veremos, se insere, quase sempre, no acordo de transmissão (principio do consenso material, *materieles Konsensprinzip).* Porém nem sempre. Se houve o acordo, com o consentimento, explícito ou implícito, qualquer dos interessados pode pedir a transcrição. Se não houve acordo, ou o consentimento para a transcrição também não se deu, ou se deu sem o acordo: no primeiro caso, a transcrição não transmite a propriedade, porque faltou o acordo; no segundo, a transcrição fez-se sem o requisito do acordo, e falta-lhe o conteúdo para a transmissão.

4. PRINCIPIO DO CONSENSO. O principio do consenso foi, de começo, processualístico, de natureza só formal: o acordo e o consentimento para a transcrição ou inscrição eram pressuposto do ato transcricional ou incricional, e não da transmissão,‘ isto é, da modificação jurídica (Lei hamburguesa de 4 de dezembro de 1868, § 4; semelhante, Lubeque e Mecleniburgo). Depois, a Lei prussiana de 5 de maio de 1872 estendeu-o ao direito material, de modo que ficaram dependentes do consenso (alienante + adquirente) a transcrição ou inscrição e a modificação jurídica. O

Código Civil brasileiro e as leis de registro pertencem a outra concepção, em relação ao pedido exigência (qualquer interessado); mas ficou ao direito material tudo que concerne ao acordo e ao consentimento para a transcrição ou inscrição. Em todo o caso, se houve o acordo e há o pedido pelo que tinha de consentir na transcrição, ou inscrição, entende-se que consente, pela implicitude. À exigência do negócio jurídico para que se dê a transformação subjetiva da relação jurídica real, portanto a exigência do *acordo* entre os dois sujeitos, sucessivos no tempo, é que se chama *principio material do consenso.* Não basta, mas é preciso, no direito brasileiro, o consentimento para transcrição ou inscrição (princípio formal do consenso) . Assim, o direito brasileiro não seguiu a estrada de alguns direitos territoriais alemães (Lubeque, Hamburgo). O que está no registro pode não ser verdade; portanto, não há *eficácia formol do registro,* inclusive da transcrição ou inscrição. O que, mediante falso ou mediante falsificação, obtém a transcrição, ou inscrição, não se faz dono, sem qualquer ação de outrem, contra si. O que nos inspirou, desde cedo, foram as duas Leis prussianas de 8 de maio de 1872, que exigiram tanto o *acordo* conto a *transcrição* ou *inscrição.*

O acordo, aliás, pode conter, ou não, a permissão ou consenso para a transcrição ou inscrição. Se, de ordinário, ao falar-se de acordo suficiente, é ao acordo o consentimento para a transcrição ou para a inscrição que se alude, é porque tal *união* de manifestações de vontade é *id quod pler-um que fit.* Se falta o consentimento para a transcrição, ou inscrição, ou se falta o acordo, a transcrição ou inscrição é *inexata.* O registro, embora exerça a sua função de causa de presunção legal e de fé pública, não se separa da realidade das relações jurídicas. A síntese, que assim se consegue, estabelece que, enquanto não se corrige o registro, existe a fé pública, que protege os terceiros adquirentes, nas espécies do art. 531.

5.PRINCIPIO DA ESPECIALIDADE. (d) Segundo o principio da especialidade (SpezialitätsprinziP), a respeito do imóvel devem ser mencionados, com precisão, quem é o dono e o transmite e quem o adquire, além de o ser o próprio imóvel.

O acordo de transmissão cria, *de regra,* no direito brasileiro, a favor do outorgado o *poder de requerer a transcrição:* o outorgante também pode requere-la. Com o requerimento pelo outorgante, *vai* dispor ele como acordara (=o seu ato é ato de preparação da disposição) ; com o requerimento pelo outorgado, exerce ele o poder de requerer que o acordo de transmissão implicitamente lhe conferiu, e isso importa em afirmar-se que o ato de disposição, iniciado com o acordo, *vai* ultimar-

se. Não é possível, no direito brasileiro, outra construção; nem há discutir-se, a respeito dele, se o requerimento de transcrição é ato de disposição, ou não no é. Trata-se de declaração unilateral receptícia: o destinatário é o oficial de registro. Se foi o outorgado, que, com o acordo, requereu a transcrição, não se tem como núncio do outorgante, mas sim como *outorgado de poder.* Se o outorgante quer revogar, não no pode sem decisão judicial (no direito brasileiro, se bem que outro outorgado, ainda posterior ao de que se trata, chegando antes ao cartório, tenha de ser atendido)

O sistema jurídica brasileiro seguiu caminho mais seguro e chegou a melhor construção. O requerimento de transcrição é ato perante o Estado. Iniciou-se a disposição, antes, com o acUdo; não se dispõe pelo ato de provocação ou requerimento, tanto assim que o outorgante pode requerê-la, nem o ato de requerer consuma a disposição: o que a consuma é a transcrição. O intervalo entre o acordo de transmissão e a transcrição não é mais do que intervalo processual judiciário cautelar, quer entre, ou não, na relação jurídica processual administrativo-

-judiciária o juiz. Em vez de só ser legitimado aquele a quem a transcrição pode prejudicar, como se diz na lei alemã; são-no, separadamente, ou não, os figurantes do acordo de transmissão (Decreto n. 370, de 2 de inalo de 1890, art. 62; Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 63; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 233: —O registro será promovido por qualquer interessado, constante dos títulos apresentados, seus sucessores ou representantes‖; Decreto n. 18.542, art. 223, parágrafo único, e Decreto n. 4.857, art. 233, parágrafo único: —Nos atos a titulo gratuito, o registro poderá ser também promovido pelo transferente, acompanhado da prova de aceitação do beneficiário‖, cf. Código Civil, art. 857)

A transcrição é obido do requerimento de transcrição. Com ele, fica admitida a transcrição, como se dá com qualquer mudança no registro. A despeito das afirmações de ser o requerimento ato de disposição (MELORIOR, *qrundõuclwrdnung,* 57; C.PREDARI, *Die Grundbuchordnu ng von 24. Mdrz. 1897,* 307). frequentemente repetidas, já E. ENDEMANN *(Lehrbuch~,* II, ga..g~a ed., 315, dizia que em ligação de fundo com o acudo de transmissão, que constitui disposição abstrata em conjunção com a transcrição se muda o direito; mas são de notar-se as impropriedades de linguagem —disposição abstrata, ligada pelo fundo‖, e —dependência em relação à transcrição quanto à mudança do direito já sendo disposição‖. De seu lado, C. PiwnaI (307) contradisse-se frisando só se consumar a disposição após a transcrição. O acUdo de transmissão, esse, não dispõe; de regra

outorga poderes para a disposição (cf. E. FUGES, *Grundbuchflcht,* II, 237), mas se consideramos que já se dispõe quando se dá poder para a disposição há disposição; se só se entende que dispõe quem sofre, desde já, a perda no plano do direito das coisas, não há disposição. No direito brasileiro, o acordo já contém, de regra, a outorga de poder requer a transcrição e com o -requerimento se torna inafastável a transcrição. A disposição tem dois momentos: o do acudo de transmissão, máxime no sistema jurídico brasileira, que tem o art. 62 do Decreto n. 370 (Decreto n.

18.542, art. 63 e parágrafo único; Decreto n. 4.857, art. 233 e paragrafo único) ; e o da transcrição. A provocação é intercalar. A eficácia real é da transcrição, de que o acordo e o requerimento foram pressupostos, sendo que o requerimento foi apenas exercício do poder de provocar a transcrição (GÓTTE, Einige Fragen des Grundbuchrechts, *ZentralMa.tt,* 1, 653; W. KROGER, *lst die Eintragungbewilliuunfl* [§ *19 Gru"ndbuchorduungj eine Verji2gung im Sinfle doa BGBi,* 37). Certamente, no direito brasileiro, os riscos da coisa, se o outorgado do acordo de transmissão não requere a transcrição, nem o outorgante o faz, ainda se tem o *dever,* negocialmente criado, de requerê-la o outorgante, somente ficam a esse se não *transferiu* a posse; Não se confundam posse e propriedade, não se confundam tradição, no sentido do art. 520, 11, e tradição, no sentido dos arts. 620-622 (cf. artigos 530, 1, e 589, 1)

: seria medievalismo considerar-se a transcrição tradição, no sentido do art. 520, II, reminiscência intempestiva de tempo em que se procuravam substituir as velhas concepções romana e germânica da transmissão da propriedade imobiliária. Trataremos disso, mais de espaço, quanto aos artigos 864, 877 e 1.127. A transmissão da posse, quanto aos riscos, é que importa, ainda se *longa manu.* Seja como for, o requerimento não é ato de disposição. O passo grave deu-o o outorgante no momento em que acordou na transmissão, pois tem, como efeito, por implicitude, a outorga que a legislação sobre registro imobiliária supõe (Decreto n. 370, art. 62; Decreto n. 18.542, art. 63 e parágrafo único; Decreto n. 4.857, art. 288 e parágrafo único). Pensariamos ássim, ainda na direita alemão, a despeita do que se escreveu (cf. GfJTHE, *Die Grundbuehordnung,* 188; E. Fucus, *Grundbuehreeht,* II, 287). O

requerimento é ato de direito formal, e não de direito material, embora o Código Civil tenha as regras jurídicas do art. 857, todas heterotópicas: a transcrição é que dá o efeito *real,* de que se cogita no direito material (arts. 530, L

531 e 856, 1). O requerimento é apenas pressuposto para a atividade do oficial do registro (PITa, Inhelt der Auflassungserklãrungen, *Zentralblatt,* II, 68). O que se passa, no plano do direito formal, lá fora, é processo, e somente tem importância como *meio,* assim como o ato de qualquer pessoa que leva a registra no cartório de registro de títulos e documentos o contrato em que tem interesse.

O registro de imóveis somente pode registrar o que esteja especializado, isto é, o prédio que possa ser identificado (princípio da especialidade), como o prédio da rua A, n. 1, com tantos metros de frente e tantos de funda, ou um quinto do terreno da rua A, n. 1, com tantos metros de frente e tantos de fundo. Não se chegou à perfeição da cadastrarão total, sequer das cidades do pais, porém nem é verdade que só se possa especializar com o cadastro e as cartas cadastrais (cf., sem razão, CARL STEPPES, *Das Gruitdbuoh ira Entwurfe einn RGB.,* 45 s.).

6.PRINCIPIO DA PRIORIDADE.. (e) Segundo o principio da prioridade (Prioridataspriflzip), quem primeiro obtém transcrição ou inscrição passa *à* frente dos outros e o mesmo ocorre com os direitos sobre a imóvel. Apenas, a segunda ou posterior transcrição nem se faz, donde *a prioridade exclusiva;* ao passo que, a propósito dos direitos reais, rege a *prioridade escalada,* segundo as datas.

7.ENUNCIADOS DE FATO. Ao fazer-se a transcrição, ou a inscrição, transcrevem-se textos que enunciam proposições de fato e textos que são o resultado de *acordos* e *consentimentos para registro,* de que nascem direitos.

O que fica registrado, com *fé* pública, é o direita, não o que é fato. Se a escritura fala de X metros por x metros, e sé há x por x 1, não se pode invocar, a respeito disso, a fé pública do oficial do registro. Se diz que há, no terreno, duas casas, e só há uma, a fé pública nada tem com esse enunciado de fato.

§ 1.227. Requisitos das transcrições

1.TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE IMÓVEL. —São os seguintes‖, diz o Decreto n.. 4.857, art. 247, —os requisitos da transcrição para a transferência da propriedade imóvel, em qualquer caso: 1.0, a número de ordem e o da anterior transcria data; 8.0, a circunscrição judiciária

ou administrativa em que é situado o imóvel, conforme o critério adotado pela legislação local; 4□Ó, denominação do imóvel, se rural, rua e número, se urbano; 5□G, característicos e confrontações do imóvel; 6.0, nome, domicilio, profissão, estado e residência do adquirente; 79, nome, domicilio, estado e profissão do transmitente; 8.0, forma do título, data e nome do tabelião, e do escrivão; 99, titula de transmissão; 10.0, valor do contrato; 11.0, condição do contrato, com todas as cláusulas adjectas que possam afetar a terceiros e de necessária publicidade‖. Acrescentou o parágrafo única: —Nas transcrições serão posterior-mente feitas referências aos números relativos ao mesmo imóvel, quando for de nôvo transmitido integralmente ou por partes‖. Cf. Decreto n. 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, art. 1.0.

2.DECRETO N. 4.857, ART. 248. —Para o efeito do disposto no artigo anterior‖, insistiu a art. 248 da Decreto n.

4.857, —os tabeliões e escrivões farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, os outorgantes e autores indiquem, com precisão, as confrontações e a localização do prédio ou do terreno, mencionando os nomes dos confrontantes, e, ainda, quando se tratar só de terreno, se este fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro e a que distAncia métrica do prédio ou da esquina mais próxima‖.

O art. 249 do Decreto n. 4.857 tratou dos edifícios de apartamentos e deles falaremos no Tomo XII.

3.DECRETO N. 4.857, ART. 244. O art. 244 estatuiu: —Em qualquer caso não se poderá fazer a transcrição ou inscrição sem prévio registro anterior, e, quando nenhum haja, do último anterior ao Código Civil, salvo se este não estivesse obrigado a registra, segundo o direita então vigente, de modo a assegurar a continuidade do registra de cada prédio, entendendo-se por disponibilidade a faculdade de registrar alienações ou onerações, dependentes, assim, da transcrição anterior‖. No parágrafo único foi acrescentado: —Quando houver promessa de venda, será esta inscrita ou averbada para que possa ser transcrita a escritura definitiva‖, O art. 245 disse, à semelhança do Código Civil (art. 858): —A transcrição do titulo de transmissão do domínio direta aproveita ao titular do domínio útil, e vice-versa, e será feita no livro 3, embora a constituição originária da enfiteuse tenha de ser inscrita no livro 4‖. O

livro 4 é o dos registros diversos. Sobre promessas de compra e venda. Tomo XIII.

4.PRINCIPIO DA CONTINUIDADE TEMPORAL DAS TRANSMISSÕES. O art. 244 tem de ser entendido como inspirado pelo *principio da continuidade temporal das transmissões,* de modo que se não registra a transmissão BC

sem se registrar AB. Existe, porém, o problema da propriedade originária que não depende de transcrição a *acesso.*

Se, por exemplo, se formou ilha e o proprietário do imóvel a que acedeu, ou os proprietários do imóvel 1 que acedera parte dela, querem que figure separadamente, como bem imóvel autônomo. Esse caso serve para todos os outros porque o Código Civil somente conhece os modos de aquisição da propriedade imóvel que Me enumera no art. 530, I-IV. Dentro da nossa lei, o proprietário único, em justificação da acessão, com a perícia, e a declaração unilateral de vontade, que *divida* o imóvel, está de posse de titulo hábil para a transcrição. Se há dois ou mais proprietários, a solução é a.ação acima referida, cumulada com a ação de demarcação, para que juridicamente se despregue de cada imóvel a parte acedida e se demarquem os limites da ilha superveniente. É a sentença proferida em tais ações cumuladas que se transcreve.

Fora dos casos de acessão, registro depende de título, ou de transmissão *inter vivos,* subordinado, então, ao *privacipio da necessariedade da fonte* (Decreto n. 4.857, art. 244), ou de transmissão *mortis* causa, ou de sentença de usucapião.

Se houve a acessão, pode o interessado, que não pretende separar o acedido, fazer *averbar* no livro 3, onde se acha o registro da aquisição do imóvel, com a prova da ocorrência aquisitiva, a alteração do limite (arg. ao Decreto n.

4.867, art. 286, *verbis,* —e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterarem o registrar‖).

5.TRANSFERENCIAS SUBSEQUENTES. As transferências subsequentes não tornam *inexistentes* as anteriores, porque elas existem no passado, como história do bem imóvel. Nem as faz *nulas.* O Decreta n. 4.857 empregou, ai, o termo —cancelamento‖, demasiado amplo na terminologia da lei, conforme veremos. Os livros do registro de imóveis dão o *estado dos direitos,* como diz o texto francês do Código Civil suiça. Diz o Decreto n. 4.857, art. 246: —O cancelamento das transcrições decorre das subsequentes transferências,

independentemente de qualquer formalidade‖. Em verdade não se cancela, uma vez que se fez, a transcrição anterior. Ela lá fica, *no passado,* com os seus efeitos até a nova transcrição. Tão necessária é que, ao ser levada ao registro de imóveis aquisição entre vivos ou *causa mortis,* a lei exige que se registrem as anteriores. Quer dizer: exige que se ponha em ordem o passado do bem imóvel, que se lhe complete a história, que se lhe legitimem as antecedências subjetivas.

6.COMBINAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 244 do Decreta n. 4.867, uma vez que combinou o *principio da necessariedade da fonte* e o *principio da continuidade temporal das transmissões,* desconhece alienações ou, em geral, transmissões de bem imóvel que não constam do registro. Não há a registrabilidade de títulos de alienação de imóveis, pura ou condicional, se não há, no livro 3, fonte ou anterior transferência. Não há mais registrar-se troca de imóveis em que um deles ou os dois não foram objeto de transcrição de sentença de usucapião ou do titulo especialissimo, a que nos referimos acima, de propriedade acedida e separada. Não há mais como se registrar o título da dação em pagamento de bem imóvel que não tem, no livro 3, a sua história. Não há mais registro de transferência de quota a sociedades, se o imóvel, que é objeto do negócio jurídico, não tem no livro 3 fonte ou transferência anterior.

Não há, tão-pouco, registro de doação entre vivos, ou de dote, cujo objeto não tenha sido antes inserto no livro 7.

Nem pode o oficial público registrar arrematação ou adjudicação em hasta pública de bens que não pertencem, segunda o livro 3, a alguém, ou se não é alienante o que figura como dono; salvo se foi cumulada com a de usucapião a ação em que se assinou o auto de arrematação ou se proferiu a sentença de adjudicação; ou tratando-se de terras do Estado, *por força de lei.* Mais ainda:

nenhum negócio jurídico transíativo de bens imóveis, inclusive de minas e pedreiras, é de registrar-se, se pelo livro 3 se desconhece o imóvel como pertencente a alguém.

Nem se averba sentença de separação de dote, ou de restabelecimento da sociedade conjugal, ou de cláusula de inalienabilidade ou outra, se não há *onde* se averbar. Dá-se o mesmo com quaisquer averbações.

§ 1.228. Averbações

1.O QUE SE AVERBA. As *averbações,* ou anotações em coluna própria, tem a sua maior aplicação nas *restrições de poder* de natureza *real.* O Decreto n. 4.857, art. 283, disse: —Em todos os livros haverá a coluna das averbações, sendo que, no livro 3, serão averbadas: 1 a sentença de separação de dote; II o julgamento sobre o restabelecimento da sociedade conjugal; III as cláusulas de inalienabilidade impostas a imóveis, bem como a constituição de fideicomisso‖. As cláusulas de impenhorabilidade, incomunicabilidade e outras tem de ser registradas, averbadas, e o art. 283, III, há de ser interpretado como exemplificativo. Deu-se ao fideicomisso formalidade registária que não é a do uso, a do usufruto e da habitação, ou a da renda constituída sobre imóveis.

2.DECRETO N. 4.857, AR'?. 284. O Decreto n. 4.857, art. 284, estatuiu: —Serão averbadas, na transcrição dos imóveis de que forem desmembradas, quaisquer alienações, independente do solo, das minas e das pedreiras, sempre com remissões recíprocas, bem como da sua invenção e lavra‖. A regra deve ser lida com explicitação, na espécie, dos *princípios da averbabilidade* e da *necessariedade da averbação de quanto juridicamente se passa a respeito do imóvel, exceto transferência total.* No caso de alienação, por exemplo, da ilha que se formou e acedeu ao imóvel constante do livro 3, tem-se de averbar o ato transíativo, independente da transcrição do titulo de alienação.

3.DECRETO N. 4.857, ART. 285. Acrescenta o arts. 285: —Serão, também, averbadas, à margem das respectivas transcrições, a mudança de numeração, a edificação, a reconstrução, o desmembramento, a demolição, a alteração do nome por casamento ou desquite, ou, ainda, quaisquer outras circunstâncias que, por qualquer modo, afetem a registro ou as pessoas nele interessadas‖. E o parágrafo único: —A averbação da mudança de numeração, da edificação, da reconstrução, do desmembramento e da demolição, será feita a requerimento do interessado, com a firma devidamente reconhecida, instruído com certidão da Prefeitura Municipal, que comprove a ocorrência. A alteração do nome por casamento ou desquite só poderá ser averbada, quando devidamente comprovada por certidão do registro civil‖.

4.DECRETO N. 4.857, ART. 266. Os arts. 283-285 mencionaram casos de averbação, porém o arts. 286 é o de maior abrangência, deslocado como regra sobre o objeta da averbação, pois que se lhe antepôs regra sobre a forma:

—As averbações serão feitas pela mesma forma regulada e abrangerão, além dos casos já expressamente indicados, as cessões, sub-rogações *e outras ocorrências,* que, por qualquer modo, alterarem o registro, quer em relação aos imóveis, quer em atinência às pessoas que nestes atos figurem, inclusive a prorrogação do prazo da hipoteca, nos termos do art. 817 do Código Civil‖. Temos, pois, no sistema do Decreto n. 4.857, a *averbabilidade de todas as ocorrências que se refiram ao imóvel* e a *necessariedade de tal averbação* para que haja a correspondência entre o registro e a verdade das relações jurídicas.

Portanto, para eficácia quanto a terceiro.

Cumpre observar que, no caso de transmissão *mortis causa,* as cláusulas de restrição de poder (Inalienablllldade, impenhorabilidade, etc.) vem com o bem Imóvel, não dependem do registro para a sua eficácia. O testamento, com o cumpra-se, é de publicidade suficiente e quem adquire o imóvel a que o testamento se refere tem de conhecer o testamento mesmo. Se foi feito o registro (transcrição), sem se mencionar a cláusula, o registro está na situação do registro do art. 860 do Código Civil.

5.PROPRIEDADE LOTEADA. A propósito da propriedade loteada, regrou o art. 287 do Decreto n. 4.857: —À

margem da inscrição da propriedade loteada, no livro 8, serão averbados os contratos de promessa de venda de lotes a prazo em prestações, quer por escrita particular, quer por escritura pública, não só para a sua validade jurídica, como para assegurar ao promitente comprador direita real (7) oponivel a terceiros, nos termos do art. 5~O do Decreto-lei n. 58 e Decreto n. 3.079, de 10 de dezembro de 1937 e 15 de setembro de 1938, respectivamente‖. Tal regra jurídica tem de ser estudada no lugar próprio (Tomo XIII).

§ 1.229. Promoção do registro

1. LEGITIMAÇÃO ATIVA. A legitimação ativa para o registro foi tratada pelo Decreto n. 4.857, arte. 233-236.

Possui ele a regra geral que consiste em reputar-se legitimado ativo o que é *interessado* e *consta do titulo apresentado,* ou é sucessor ou representante de tal interessado. A pretensão a registrar é pois ligada às relações de direito das coisas a que se pretende dar um caráter de direito real ou de restrição ao conteúdo do direito de propriedade. A apresentação é apenas exercício dessa pretensão a registrar. Porém

erraríamos se entendessemos que o art. 233 (que diz: —O registro será promovido por qualquer interessado, constante dos títulos apresentados, seus sucessores ou representantes‖) exclui os que não —representam‖, mas exercem cargo, como o testamenteiro. A pretensão a registrar pode derivar, portanto, de outra fonte que a titularidade; ativa ou passiva, do direito, ou da sucessão, ou da representação legal ou negocial. O testamenteiro que recebeu, por exemplo, o encargo de gravar a parte, legitima ou testamentária, dos herdeiros, é plenamente legitimado a apresentar os títulos ao oficial do registro.

2.NEGÓcIOS JURÍDICOS A TITULO GRATUITO. —Nos atos a título gratuito, o registro poderá ser também promovido pelo transferente, acompanhado da prova de aceitação do beneficiado‖, diz o art. 233, parágrafo único.

Essa regra apenas explicita a anterior e tem de ser lida como se estivesse escrito: nos negócios a título oneroso, qualquer dos figurantes das relações de direito pode apresentar a registrar e exercer os atos tendentes a obtê-lo; nos negócios a titulo gratuito, é preciso que o transferente isto é, o disponente afirme e prove que houve aceitação por parte do beneficiado. No registro do penhor rural, o Decreto n. 4.857, art. 234, dispensara o consentimento do credor hipotecário (cp. Decreto n. 5.318, art. 1.0; Lei n. 492, de 30 de agôsto de 1937, art. 4.0; Decreta n. 2.612, de 20 de setembro de 1940, art. 1.0).

§ 1.230. Nulidade do registro

1.NULIDADES. As invalidades do registrar são absolutas (ou de pleno direita) ou anulabilidades. Não se confundem com as nulidades e anulabilidades dos negócios jurídicos registrados. Esses podem ser nulos ou anuláveis sem que o registro o seja; o registro pode ser nulo ou anulável, sem que o negócio jurídico o seja. Nulo o registro, ou anulado, sem ser por irregistrabilidade do negócio jurídico, pode ser feito nôvo registro. Quanto às nulidades ditas de pleno direito, o Decreto número 4.857, art. 229, adotou o *principio da decretação do de plano e de oficio:* —As nulidades de pleno direito do registrar, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta‖. ~ Quais são essas nulidades, decretáveis de ofício? Primeiramente, as que decorrem de não ter sido feito pelo oficial de registro, ou pela pessoa que devesse substitui-lo (art. 201), bem como de não ter sido lançado no lugar próprio do livro próprio. O registro, que se fez validamente,

sana a nulidade do protocolo, ou lhe. supre a falta, salvo se, com a falta, ou nulidade desse, se estabelece perplexidade invencível. Outro caso de nulidade de pleno direito é o do art. 230 do Decreto n. 4.857: —São nulos os registros feitos após sentença de abertura de falência, salvo se a apresentação tiver sido feita anteriormente‖. Trata-se de registros que não mais poderiam ser promovidos pelo falido, e não daqueles que concernem a atos que o falido continua de poder praticar.

2.ANULANILIDADES. São invalidades relativas, entre outras: Erro na numeração dos registros; violência contra o oficial do registrar; simulação e fraude; infração dos artigos 206-209 do Decreto n. 4.857; transcrição de título entre vivos sem haver registrar anterior do imóvel (arts. 244 e 214), salvo se trata de sentença em que se haja declarado usucapião, ou aquisição por força do art. 156, § 38. da Constituição de 1946. A alienação de terras particulares ou concessão de terras públicas com área superior a dez mil hectares sem prévia autorização do Senado Federal (Constituição de 1946, art. 156, § 28) é causa de nulidade do negócio jurídico e deve o oficial de registro negar a transcrição.

3.INEXISTÊNCIA E INVALIDADE DE PLENO DIREITO. Se o registro foi feito no cartório do oficial competente, em livro que não pertence a oficio do registro de imóveis, é *inexistente.* Se foi feita noutro oficio de registro de imóveis, incompetente, é nulo. Também é nulo se dele mesmo consta que foi lançado depois de se encerrar o protocolo (Decreto n. 4.857, art. 224).

4.RETIFICAÇÃO. —Também o registro poderá ser retificado, ou anulado pelas decisões contenciosas proferidas sobre fraude de credores, quer em ação direta, quer indiretamente, quando rejeitados embargos de terceiro senhor e possuidor, em execução ou em ação executiva, salvo os direitos adquiridos por estranhos, de boa fé e a titulo oneroso‖ (Decreto n. 4.857, art. 231). A ação de nulidade não se confunde com a de retificação de que tratam o Código Civil, art.- 860, e o Decreto n. 4.857, que diz (art. 227): —Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar a retificação, por meio de processo contencioso, que será inscrito‖. Acrescenta o art.

230: —Os erros cometidos na tomada de indicações constantes dos títulos poderão ser retificados, a requerimento do interessado, mas só produzirão efeitos dai em diante, salvo quanto aos enganos evidentes

cometidos no registro e que não possam acarretar prejuízos a terceiros, os quais serão corrigidos pelo oficial, com as devidas cautelas‖. Tais

—enganos evidentes‖ hão de ser irregularidades materiais, que obviamente se veja serem descuidos, lapsos, ou enganos que todos tem como tais. Fora dai, só o juiz pode mandar que se retifiquem, ainda que sejam daqueles de que trata o art. 230, l.ª parte, e tal retificação só tem efeito *ex nuno*.

§ 1.231. Despesas com o registro

1.QUEM PAGA AS DESPESAS. Quem tem interesse no registro e o promove paga as despesas. O art. 285 do Decreto n. 4.857 estabeleceu: —As despesas com o registrar incumbirão ao interessado que o requerer, salvo convenção em contrário‖. *lua dispositinm.* Â disposição em contrário pode constar do próprio instrumento do negócio jurídico e então por ele tem de guiar-se o oficial de registro; ou constar de pacto adjecto, e observar-se-á o que dele se tire, se o oficial o conhece; ou ser oral, entre interessados, de modo que se presume que o oficial do registro não o conhece.

2.COMUNHÃO —PRO DIVISO‖ DE EDIFÍCIO. Quando, a respeito de comunhão *pro diviso* de edifício, a escritura pública da incorporação, ou da promessa de Venda dos apartamentos, preve quem paga as despesas de registro, tem-se tal cláusula como integrante das escrituras públicas definitivas dos comuneiros, salvo cláusula que expressamente a revogue.

§ 1.232. Eficácia do registro

1.ANTECIPAÇÃO. E PROTRAIMENTO. O registro para os efeitos da produção de *realidade* dos direitos, ou somente contra terceiros, ou para se poder dispor do *direito real,* tem a sua vida *antecipada* em relação à sua própria feitura (Código Civil, art. 534) e *protraída* em relação à vida jurídica do bem imóvel (Decreto n. 4.857, art. 293: —O

registrar, enquanto não for cancelado, produzirá todos os seus efeitos legais, ainda que por outra maneira se prove que o titulo está desfeito, anulado, extinta ou rescindido‖). A eficácia do registro acaba, portanto, com o *cancelamento,* expressão que tem sentido assaz largo,

abrangente da *decretação* da nulidade e da supervenência de outro registro que lhe tire a eficácia *ex nuno* (Decreto n. 4.857, art. 246: —O cancelamento das transcrições decorrem das subseqüentes transferências, independentemente de quaisquer formalidades‖). É, ali, a radiação.

2.APRESENTAÇÃO DO TITULO. A eficácia antecipada começa com a *apresentação* do título, quer em relação às transcrições e inscrições, quer em relação às averbações. Logo que qualquer titulo for apresentado a registro o oficial tomará, no Protocolo, a data de sua apresentação e o número de ordem que, em razão dela, lhe competir, reproduzindo no mesmo titulo essa data e esse número de ordem. Exemplo: —N Página...‖ (Decreto n. 4.857, art.

200). O número de ordem determina a prioridade do título (arts. 202). É o *principio da prioridade de apresentação,* solução técnica para obviar aos inconvenientes dos protraimentos ou atrasos sem culpa do interessado na eficácia do registro.

À prioridade da apresentação está ligada a prevalência ou cronologia dos direitos reais (—preferência dos direitos reais‖, diz o art. 202).

Se a mesma pessoa apresenta mais de um título, o número deles é seguido, salvo se referem ao mesmo objet o.

Referindo-se ao mesmo objeta, o arts. 202, *in une,* estatui que o número de ordem é o mesmo, acrescido de letras, segundo a ordem do alfabeto. Se duas ou mais pessoas apresentam títulos sobre o mesmo objeto, a prioridade tem de ser respeitada, rigorosamente, pelo oficial do registro. Aí já o dia não basta, porém o número decide.

Em todo o caso, se há contradição isto é, incompatibilidade entre os direitos reais ou a) as escrituras dizem a hora em que foram lavradas, ou b) não no dizem, ou *c)* só uma o diz.

No caso a), apresentadas a registrar, resolve a questão o arts. 207 do Decreto n. 4.857: —Não serão registrados, no mesmo dia, direitos reais contraditórios sobre o mesmo imóvel, salvo se ambas as escrituras, do mesmo dia, determinarem a hora de sua lavratura, *prevalecendo,* neste caso, a *que tiver sido lavrada em primeiro lugar,* ou ficarão em pé de igualdade, se coincidem‖. Se disseram qual a hora e coincidem, registram-se ambas. Porém ~

como? O Decreto n. 4.857 diz: ..... ficarão em pé de igualdade se coincidirem‖.& Dar-se-

-lhes-a o mesmo número ou dar-se-lhes-Ao números seguidos, com remissão de um ao outro? A regra escrita não decide. Melhor é que se dê o mesmo número, usando-se de letras, *ad*

instar do art. 202. Naturalmente a prevalência depende de sentença que, desconstituindo um dos negócios jurídicos, deixe subsistir, sozinho, o outro, e determine o cancelamento do registro (art. 293). Se nenhuma das escrituras diz a hora, ambas se registram: o direito registrário mantém registrabilidade em tal espécie, salvo sentença que tenha decidido a controvérsia. O art. 209 previu o caso: —Se forem do mesmo dia e sem referência à hora, a que for apresentada depois só será protocolada no dia imediato‖. Se uma só das escrituras diz a hora, registrar-se essa, e não a outra. Também ai é possível sentença constitutiva negativa que, *decretando* a invalidade da que diz a hora, declare, em efeito secundário, que vale a outra, e mande que se registre.

—Se as escrituras forem de dias diversos, prevalecerá, quando apresentadas no mesmo dia, a que primeiro for lavrada; quando não, prevalecerá o dia da apresentação, salvo o caso do art. 206‖ (Decreta n. 4.857, art. 208). O art.

206 só se refere a hipotecas.

3.TROCA. —Na permuta‖, diz o Decreto n. 4.857, artigo 203, —haverá duas transcrições com referências recíprocas e números de ordem seguidos no protocolo e no livro de transcrição, sendo também distintas e com referências recíprocas as indicações no indicador real‖.

4.TRANSMISSÃO E HIPOTECA. —Havendo transmissão e hipoteca, simultâneas, de um imóvel, com o mesmo número de ordem, se fará duplo registro, com referências recíprocas‖ (Decreta n. 4.857, art. 204).

§ 1.233. Feitura do registro

1.PROTOCOLIZAÇÃO. Após a protocolização procede-se ao registro: —Tomada a data da apresentação e o número de ordem do protocolo‖, diz o Decreto n. 4.857, art. 205, —o oficial procederá ao registro‖. As exceções são as que se mencionam nos arte. 206-209, 215-219, 221-228. Para o registro, basta a exibição do título. A lei não

permite que o oficial de registro exija extrato ou extratos (Decreto n. 4.857, art. 210). Se o título for de natureza particular *e a lei o admitiu,* tem de ser apresentados pelo menos dois exemplares, um dos quais fica arquivado em cartório. O outro ou outros são devolvidos aos interessados (art. 211). Em caso de troca ou permuta, pelo menos três, sendo a transcrição em todos os imóveis permutados, ainda que um dos interessados promova o registro (artigo 211, parágrafo único). Se só existe uma via do título, fica arquivada em cartório, com certidão do registro de títulos e documentas (art. 212).

2. EXTRATO. —Todas as transcrições e inscrições serão feitas por extrato, salvo se a parte pedir que o registro se faça por extenso, no livro auxiliar, sem prejuízo daquelas, e com anotações recíprocas‖ (Decreto n. 4.857, art. 213).

O interessado, com legitimação para o registro, tem direito e pretensão a essa transcrição ou inscrição integral.

3.PRINCIPIO DA CONTINUIDADE TEMPORAL DAS TRANSMISSÕES. Já falamos do *principio da continuidade temporal das transmissões* (Decreta n. 4.857, art. 244). Se o imóvel não está lançado em nome do outorgante, o Decreto n. 4.857 estatui que o oficial do registro tem o dever de somente proceder à transcrição depois de o interessado ou outrem registrar a transmissão anterior, ou o titulo de propriedade do alienante. Assim se há de entender o art. 214, que diz: —Se o imóvel não estiver lançado em nome do outorgante, o oficial exigirá a transcrição do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuIdade do registro‖. Não basta para fé pública que conste de partilha, adjudicação, ou arrematação o imóvel, se antes não figurara no registro. O juiz da partilha, da adjudicação, ou da arrematação, não pode criar direita, que não havia, nem declará-lo, fora da ação adequada, que é a declaratória da usucapião ou a declaratória da aquisição segundo a Constituição de 1946, art. 156,

§ 3□O□

4.LEGALIDADE DO REGISTRO. O oficial público pode verificar a *legalidade* do registro (inclusive em face da Constituição) do título e a *validade* e *eficácia* (cf. Decreto n. 4.857, artigo 215) ; e somente procederá ao registro se entender que é *válido.* A sua dúvida é processada segundo os arts. 215-221. Naturalmente, em vez de levantar a dúvida, para que o juiz

decida, pode o oficial do registro apontar irregularidades sanáveis

imediatamente, sem que isso lhe permita negar a *protocolização.* Se não as satisfaz o promovente e lhe parece que não é registrável, por isso, o título, cabe-lhe levantar a dúvida, devendo expor, com clareza, o que lhe parecer procedente. Tem de dizer em que consiste a infração da lei, e não só qual a lei que foi violada.

Diz o Decreto n. 4.857, art. 215: —Tomada a nota da apresentação e conferido o número de ordem, em conformidade com o art. 200, o oficial verificará a legalidade e a validade do titulo, procedendo ao seu registro, se o mesmo estiver em conformidade com a lei‖. *Legalidade* e *validade* são conceitos largos. A referência aos dois não é escusada, porque o titulo pode ser válido e não ser legal o registro *(e.* g., válido mas irregistrável no registro de imóveis).

Desde logo afastemos as anulabilidades, porque essas dependem de sentença constitutiva negativa em ação própria, e não poderiam ser invocadas quaisquer anulabilidades ao oficial de registro, ou de oficio.

O Código Civil, art. 152, foi explícito: —As nulidades do art. 147‖, isto é, as nulidades por incapacidade relativa do agente (art. 147, 1), ou por vicio resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude (art. 147, II), —não tem efeito antes de julgadas por sentença, nem se pronunciam de oficio. Só os interessados as podem alegar, e aproveitam exclusiva-mente aos que as alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade‖. A dúvida do oficial do registro somente pode ser, portanto, quanto às nulidades: a) se o escrito está assinado por pessoa absolutamente incapaz; *19* se ilícito ou impossível o seu objeto; *c)* se foi infringida regra cogente de forma; *d)* se foi preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; *e)* se a lei diz que é nulo o ato ou lhe nega efeito (Código Civil, art. 145, I-V) Observe-se que a plena ineficácia é, no art. 145, V, *nulidade.* A dúvida não pode versar, por exemplo, sobre a falta de assentimento do marido ou da mulher para o negócio jurídico. Trata-se de anulabilidade. Nem sobre a falta de assistência do pai ou do tutor nos negócios jurídicos do menor de mais de dezesseis anos. A dúvida pode ser sobre essa idade. (Mais uma vez frisemos, para que se evite grave erro que a cada passo surge, não poder ser considerado anulável o negócio jurídico sobre bem comum em que um só dos cônjuges aparece. Ai, há ineficácia, e o oficial do registro não pode admitir o registro. Se foi a mulher que transferiu, tinha o marido de consentir, e não só de *assentir;* se foi o marido, embora chefe da sociedade conjugal, tinha de *consentir* a mulher, e não só *assentir.* Passa-se o mesmo a respeito do condômino que aliena a coisa toda.)
5.DÚVIDA SOBRE A LEGITIMAÇÃO DA PESSOA, A REGISTRABILIDADE DO DIREITO OU A IDENTIDADE DA PESSOA.

Também pode versar a dúvida: a) sobre a legitimação ativa de quem deseja o registro; sobre a registrabilidade do titulo; *s)* sobre a identidade do apresentante.

Tudo quanto seja forma *necessária* da escritura ou da sentença, ou, em geral, do titulo, é assunto sobre que pode versar a dúvida. Tudo quanto seja causa de nulidade do intrínseco, como a compra-e-venda de bens inalienáveis.

Aqui surge a grave questão de se saber se o oficial do registro pode levantar dúvida sobre a incidência ou não incidência, *in casu,* do *principio de conservação do válido* (salvação da parte indene separável). Lê-se no art. 153, 1ª

parte: —A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta fOr separável‖. j, Pode o oficial do registro opinar pela inseparabilidade, isto é, levantar dúvida? A resposta é afirmativa. Ao juiz decidir se há nulidade e se ela se contagia a todo o negócio jurídico. Se não se contagia? O Registro é feita, com a decisão do juiz a respeito.

6.TRIBUTOS FISCAIS. A falta de pagamento de tributos fiscais se, pela lei, não acarreta nulidade do negócio jurídico *(aliter,* é causa de nulidade, como qualquer outra), não pode ser objeto de decretação de nulidade. Não há resposta a priori, de modo que esgrimiram sem alvo os que respondiam afirmativa ou negativamente se era de decretar-se nulidade. Aliás, é preciso que a lei formalmente de direita administrativo mas, materialmente, de direito privado, porque a nulidade dos negócios jurídicos de direito privado é de competência de quem legisla sobre direito privado seja para todo o Brasil, sob pena de ferir o art. 141, § 1.º, da Constituição e ser inconstitucional.

7.REGISTRO DIANTE DE ATO JUDICIAL. Quando o registro é diante de ato judicial, *e.* g., sentença de adjudicação ou de partilha, somente pode levantar dúvidas o oficial do registro se o ato é *inexistente* ou *nulo de pleno direito.* Assim, nenhuma dúvida pode ter por base a *rescindibilidade* ou *não-rescindibilidade* da sentença (Código de Processo Civil, arte. 798, 1 e II, e 799). De modo nenhum pode o oficial pôr em dúvida *a injustiça* da sentença, ou a errônea interpretação da proposição contratual ou de declaração unilateral de vontade, feita pelo juiz.

Tão-pouco, alegar a falsidade da prova em que se apoiou a sentença, ou a ofensa à coisa julgada, ou outra causa de rescisão da sentença. O

número de juizes que julgaram não lhe cabe examinar; mas pode exigir que a certidão os mencione. Se a sentença julga a reivindicação entre E e O, e não entre B e A, em cujo nome está o imóvel, o oficial do registrar tem de levantar a dúvida, mas o juiz deva mandar que se transcreva, com as remissões recíprocas, porque a ação reivindicatória contém condenação e não tem eficácia *erga omites:* a sua eficácia é sOmente entre as partes, porque é a de coisa julgada material.

§ 1.234. Particularidades da transcrição

1.DIREITOS INDEPENDENTES. No registro de imóveis tem de ser transcritos ou inscritos todos os direitos distintos sobre os imóveis, que precisem fazer-se reais. Só o sucessor, com a saisina (Código Civil, art. 1.572), tem a propriedade ou algum direito real sem ainda se ter procedido à transcrição ou inscrição. Os direitos reais dependentes não são, de regra, registáveis. A lei pode determinar que algum deles seja inscrito ou averbado; mas aí há *lez specialzs.*

2.BENS QUE NÃO PRECISAM DE REGISTRO. Não precisam de registro (a *priori,* não são registáveis) os bens de uso comum do povo, como os mares, os rios (públicos), as estradas (públicas), as ruas e as praças, ainda que o Estado cobre taxa ou outro modo de contribuição para a conservação (Código Civil, arts. 66, 1, 68) ; os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal (art. 66, 1). Não assim os que constituem o patrimônio da União, dos Estados-membros, ou dos Municípios (art. 66, III) . Se, porém, aquele bens são alienados a pessoa de direito privado ou ainda de direito público que não sejam a União, Estado-membro ou Município, tem de ser transcrita o título.

8.BENS LEGALMENTE INALIENÁVEIS. Também se tem de transcrever os títulos de transmissão de imóveis legalmente inalienáveis, quando a lei ou a sentença lhes tira a inalienabilidade e simultânea ou posteriormente são alienados.

4.PUBLICAÇÃO DO BEM. Sempre que algum bem imóvel consta do registro de imóveis e se torna bem público, de uso comum do povo, ou de uso especial, ou bem extra-comércio, tem-se de cancelar o registro. t legitimado a promove-lo qualquer interessado. Por exemplo, o dono do prédio contíguo que, com a publicição do bem imóvel vizinho, ve aumentado o conteúdo do seu direito de propriedade *(e. g.,* Código

Civil, art. 557, *verbi,s* — se este for de propriedade particular‖)

Se, porém, a favor desse imóvel consta servidão sobre algum outro, conserva-se no registrar de outro a inscrição da servidão; nada obsta a que se não foi registrada se lhe faça a inscrição. Sempre que ao bem público, seja de uso comum do povo, seja de uso especial, se atribui servidão não-aparente (Código Civil, art. 697), tal servidão tem de ser registrada para que exista (F. OSTERTAG, Sachenrecht, em M.GMÍjR, *Kom*"*mentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,* IV', 8.8 parte, 28 ed., 134). Não se diga que tal servidão pode ter sido criada por lei, e não em virtude de negócio jurídico; porque, então, não há servidão, mas limitação ao conteúdo do direita de propriedade do particular.

5.SERVIDÕES IMPOSTAS A BENS PÚBLICOS. No registro de imóveis devem ser inscritas as servidões impostas aos bens públicos, desde que sejam verdadeiramente servidões. O mesmo havemos de entender quanto a qualquer outro direito real sobre bem público (F. OSTERTAG, Sachenrecht, *Kominentar* de M. OMÚR, IV, 8.8

parte, 2.8 ed., 188) .

6.RENÚNCIA. A renúncia à propriedade transcreve-se: não é razão suficiente para se cancelar o registro. Aliás, *legem habemus:* —No registro de imóveis será feita: *lO* a transcrição: X para a perda da propriedade imóvel dos títulos transmissíveis, ou dos atos renunciativos‖, diz o art. 178 do Decreto n. 4.857; e o art. 589, § 1.0, é explícito.

7. O CÓDIGo CIvIL, ART. 534. No art. 584, diz-se:

—A transcrição datar-se-á do dia em que se apresentar o titulo ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo‖.

O Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, no artigo 206, estabeleceu: —Se o imóvel não estiver lançado em nome do outorgante, o oficial exigirá a transcrição do titulo anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro‖. E no art. 284: —Em qualquer caso, não se poderá fazer transcrição ou inscrição sem prévio registro do título anterior, salvo se este não estivesse obrigado a registro, segundo o direito então vigente, de mo do a assegurar a continuidade do registro de cada prédio, entendendo-se por disponibilidade a faculdade de registrar alienações e onerações dependentes, assim, da transcrição anterior‖. Houve certa grita contra os arte. 206 e 284 do Decreto n. 18.542, mas, em verdade, o Decreto

n. 18.542 atendeu à sistemática do Código Civil, diferente do direito anterior, e antes do Decreto n. 18.542 já o Conselho Supremo da COrte de Apelação do Distrito Federal, a 8 de agOsto de 1928, havia firmado qual o dever dos oficiais de registro de imóveis (cf. 2.‘ Câmara Civil da COrte de Apelação do Rio Grande do Sul, 1 de abril de 1937, 3%, 10, 580: —fi-lo o art. 530, inciso 1, e acrescenta o art 533, ambos da nossa codificação civil, que os atos sujeitos à transcrição não transferem o domínio senão da data em que se transcreverem. Resulta da aceitação desses princípios que, em verdade, os arts. 206 e 284 do Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, nada inovaram na matéria, pois que, bem apreciada ela seja, não há como negar que as prescrições aludidas se encontram implícitas no sistema entre nós vigorante, referente ao assunto. Transcrita um titulo no registro de imóveis, sem que o seja o anterior àquele relativo, também sujeito à transcrição, mas lavrado na vigência do Código Civil, antes de entrar em vigor o decreto citado, haverá, sem dúvida, aquisição *a non domino,* que cumpre ao oficial do registro evitar. De tal sorte, com a transcrição do título antecedente, naquelas condições, não se faz aplicação retroativa do regulamento mencionado, mas, sim, tiram-se todas as conseqüências do sistema que prevaleceu, para aquisição da propriedade imóvel, na nossa lei. E assim decidiu o Conselho Supremo da Côrte de Apelação do Distrito Federal, em acórdão de 8 de agôsto de 1928, confirmando, pelos seus fundamentos, despacho de primeira instância, que, de modo expresso, proclama o dever que tem o oficial do registro de fiscalizar se os títulos de data posterior a 1917 se acham transcritos, para só no caso afirmativo registrar títulos subseqüentes, transíativos da propriedade imóvel a que se refiram aquele‖.

Se o oficial do registro procede a duas ou mais transcrições, é eficaz a mais antiga (Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 1 de setembro de 1925, *1?. de D.,* 79, 478; Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Santa Catarina, 17 de maio de 1943, *J. do T. de Á.,* 1943, 184; 23 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de fevereiro de 1949, 1?. *dos 7*"., 179, 138) Se o oficial do registro transcreve a que foi protocolada depois, discute-se se prevalece o protocolo ou o registro. A Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 12 de setembro de 1925 (1?. *de D.*. 79, 478), entendeu que o protocolo prima: —... dado o conflito de títulos de domínio sobre a dita gleba de terras... deve .o caso ser resolvido pela prioridade, isto é, em favor do titulo que tiver sido registrado em primeiro lugar. O titulo de permuta dos Custódias deu entrada no Protocolo do Registro Geral em data anterior àquela em que foi feita apresentação do título de Silvestre. Por incúria do oficial de registro, a transcrição deste se fez antes da daquele. Mas, não obstante isto, o título de permuta dos

Custódios, e portanto, o do autor, tem preferência pela prioridade de sua prenotação, tendo toda procedência a presente reivindicatória, porquanto, pelo disposto no art. 43 do Decreto n. 870, de 2 de maio de 1890, o número de ordem do protocolo determina a prioridade do título, ainda que outros títulos sejam por uma razão especial anteriormente registrados‖. A protocolização assegura, internamente; a prioridade para o registro. Se foi desatendido o direito à prioridade, ofensor foi o oficial do registro e a questão entre o que obteve o registro e o que teria direito a ele é questão de viciosidade do registro. A transcrição, na espécie, foi feita e é eficaz. Tem o interessado de pedir ao juiz e o juiz mesmo pode determinar que se inicie a ação de retificação, devendo, cautelarmente, ordenar que se proceda à inscrição do art.

281 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939. Não podia a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo decidir como decidiu: fez tábua rasa de todos os princípios, esquecendo-lhe que terceiros poderiam ter adquirido direitos, confiando no registro imobiliário (Martin WoLrr, *Lehrbuch,* III, 96) e a inscrição prévia tem exatamente por fito pré-excluir a fé pública do registro até que se decida sobre a retificação. Em tal emergência não podem deixar de ser ouvidos todos os interessados.

A jurisprudência tem decidido *(e. g.,* Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 12 de dezembro de 1938, *R. F.,* 78, 97) : —Sendo apresentadas em cartório para transcrição, no mesmo dia, duas escrituras de transferência do mesmo imóvel a compradores diversos, deve prevalecer a de data mais antiga‖.

O acordo de transmissão e o acordo de constituição de direito real não irradiam efeito real, apenas abrem caminho ao ato de apresentação ao registro, para o qual, de regra, tem poder qualquer dos figurantes. Porque qualquer deles tem tal poder, não se compreende que se pense em pretensão do adquirente contra o outorgante para a obtenção do registro, se bem que possa haver a pretensão para a exibição de documentos indispensáveis à eficiência da apresentação ao registro. Se foi atribuído ao outorgante dever de registrar, então sim há a pretensão à prestação de ato ou atos (cf. E. KAFKA, Em Beitrag zur Lehre von der dinglichen Bindung der Beteiligten an ihre Einigung, *Festgabe flir* RICEARD WILKE, 172; E. BRUCI(, *fie Einigung im Sachenrecht.* 5 e 9 5.; J. 1CEHREN, *fie rechtliohe Redeutung der Eintragung eines dinglichen Reckts zwisehen Âuflassung und Eintragung,* 33; sem razão, E. FUCES, Zur Lehre von der Eintragung,Festgabe *fur* RICI{ARD WILKE, 64).

Pode dar-se a) que entre o acordo de transmissão e a transcrição se leve a registro constituição de direito real.

Também pode ocorrer b) que tal constituição se leve a registro após a apresentação do acordo de transmissão ao registro (após a protocolização, Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, *arts.* 200). Ou que, em vez de direito, se trate de registrar medida cautelar ou de começo de execução. Na espécie a), a protocolização do requerimento de registro do direito real é que prevalece, sem que se deixe de proceder à protocolização e à transcrição, depois. Na espécie). procede-se à transcrição da escritura de alienação e não se poderá inscrever o direito real, porque o nome do outorgante já não consta do registro como titular do direito de propriedade.

Se (a) o oficial do registro, a despeito da diferença entre momentos de protacolização na espécie a), primeiro transcreve a alienação e, depois, inscreve o direito real, o registro está criminosamente feito e em contradição consigo mesmo. Se (Lã) o oficial do registro, na espécie Lã), primeiro registrar o direito real, obrou ele criminosamente, mas é eficaz a inscrição do direito real, porque, ao tempo em que se fez, titular do direito de propriedade era o outorgante.

O interessado, na espécie (a), pode pedir a decretação da nulidade (=radiação) da transcrição, por se tratar de registro proibido (mas eficaz!). A pretensão tem por fim a restauração da exatidão do registro. Após ela, o registro coincide com as situações jurídicas históricas. A ação não pode ir contra terceiro, que adquira a propriedade, pois que há a fé pública do registro.

O interessado, na espécie (Lã), pode pedir a radiação da constituição de direito real, porque já estava protocolizado o acordo de transmissão.

Se terceiro já adquiriu o direito, ali o direito real limitado, aqui, o direito de domínio, não há mais a ação de radiação por infração da lei de registro. Há contra o que obtivera o registro intempestivo ação pessoal, sem se pôr de parte a ação contra o oficial do registro.

§ 1.235. Os casos de transcrição

1.ATOS QUE SE TRANSCREVEM. São sujeitos à transcrição, segundo o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, no livro 3 (transmissões de bens imóveis), para que se dê a *transferência do domínio:* a)

compra-e-venda pura ou condição) a permuta ou troca; e) a dação em pagamento; *d)* a transferência de quota a sociedades quando essa quota é constituída por bens imóveis; *e)* a doação entre vivos; 1) o dote; o) a arrematação e adjudicação em hasta pública; *h)* a sentença que, nos inventários e partilhas, adjudicar bens em pagamento de dívidas de herança; *i)* em geral, os demais contratos e outros negócios jurídicos transiativos de imóveis, inclusive de minas e pedreiras, independentemente do solo (art. 239, I-IX) . É preciso desde logo observar que a expressão —contrato‖ ai está em sentido de *negócio jurídico.* Em casos como o de declaração unilateral de vontade, nas promessas de recompensa, também somente se transfere o domínio com a transcrição. Transcrição, entenda-se, do acordo de transferência.

2.EFICÁCIA DA TRANSCRIÇÃO DA SENTENÇA SOBRE USUCAPIÃO. Ainda são transcritos no mesmo livro *mas só* para os efeitos contra terceiros e permitirem a disponibilidade dos imóveis as sentenças *declaratórias* (diz muito bem o Decreto n. 4.857, art. 240) —da posse por trinta anos, sem interrupção nem oposição e que servirem de título ao adquirente por usucapião‖. Quando a usucapião é de dez anos, há —justo título‖, provavelmente não o registro; se não há, a regra do arts. 240 do Decreto n. 4.857 a esse caso também diz respeito. Aliás, o art. 240 é apenas explicitação regulamentar do sistema do direito brasileiro segundo o Código Civil e a natureza declarativa da sentença de usucapião.

3.PARTILHA, NOS DESQUITES. Quanto —à partilha em inventários conseqüentes à sentença de desquite e de nulidade ou de anulação de casamento‖, naturalmente se lhe exige a transcrição; porém, então, para —valerem contra terceiros e para permitirem a disponibilidade‖ em relação aos bens com que se perfaz a meação de cada cônjuge (Decreto número 4.857, arts. 241). A explicitação do direito material que ai se faz é de acordo com os princípios. A ação de partilha é, ai, execução da obrigação de partilhar, e não ação declarativa.

4.PARTILHA, DIVISÃO E DEMARCAÇÃO. No arts. 242, foi dito que se sujeitam à mesma transcrição —e em qualquer tempo‖ —simplesmente para permitirem a disponibilidade dos imóveis, os julgados pelos quais, nas ações de divisão, de demarcação e de partilha, se puser termo à indivisão‖. Nesses casos, as ações não são de igual natureza, porém de qualquer modo tem eficácia constitutiva. Teremos ensejo de nos referir a cada uma delas.

O art. 248 completou: —Também serão transcritos, para o mesmo fim, e no livro 3, os atos de entrega de legados e as sentenças de adjudicação em inventário quando não houver partilha‖.

§ 1.236. Eficácia da transação e da inscrição

1.CONSTITUTIVA (a) É *constitutiva* a eficácia do registro: a) de títulos de transmissão da propriedade entre vivos (arts. 581; Decreto n. 18.542, art. 173, Decreto n. 4.857, arts. 178, III); Lã) da sentença de desquite ou de anulação ou nulidade de casamento, quanto aos imóveis ou direitos reais sujeitos à transcrição (arg. ao art. 532, 1; Decreto 18.542, art. 173, Lã), 1; Decreto n. 4.857, arts. 39, § 1.0, 1, e 178, Lã), 1), se há modificação objetiva; *c)* dos julgados que, nas ações divisórias *lato sensu,* puserem termo à indivisão (arts. 532, 1; Decreto n. 18.542, art. 173, Lã), IV; Decreto n. 4.857, arts. 178, Lã), IV), ou à comunhão da herança, no que concerne à discriminação objetiva dos quinhões; *d)* das sentenças que, nos inventários e partilhas, adjudicarem bens imóveis em pagamento de dividas da herança (arts. 532, II; Decreto n. 18.542, art. 173, Lã), V; Decreto n. 4.857, arts. 178, Lã), V), e, por analogia, quanto a dividas de qualquer comunhão extinta; *e)* dos atos de entrega de legados de imóveis (Decreta número 4.857, art. 178, Lã), VI, 1.8 parte) ; *f)* dos atas de renúncia (Decreto n. 18.542, art. 173, Lã), IX, *in une;* Decreto n.

4.857. arts. 178, Lã), X, *in fins); g)* da arrematação em hasta pública *(arts.* 532, III; Decreto n. 18.542, art. 173, Lã), VI; Decreto n. 4.857, art. 178, Lã), VII, 1.8 parte); h) da adjudicação na execução (assinação do bem penhorado, ou dos bens penhorados, ao exequente, pelo juiz, que tem o poder de converter (Código de Processo Civil, arts. 981-985, 1.080; Decreto número 18.542, art. 173, Lã), VI, 2. parte; Decreto n. 4.857, artigo 178, Lã), VII. 2.8 parte; *i)* dos títulos constitutivos de ônus reais sobre coisas alheias (arts. 856, III) ; 1) de título que sirva ao cancelamento da transcrição aquisitiva de direitos reais (renúncia da servidão, arts. 709, 1; resgate pelo dono do prédio serviente, art.

709, III, ou resgate do compáscuo-pertença ou de pasto-pertença; contrato ou outro título que suprima obras, arts.

710, II; sentença constitutiva negativa do usufruto, por ter o usufrutário alienado, deteriorado, ou arruinado os bens do usufruto, arts. 729, VII); resgate do imóvel sujeito a renda constituída sobre ele, arts. 751, ou cancelamento por sentença que julgue a extinção, ou nulidade, ou anulação, porém não prescrição do direito obrigacional;

lc) dos titulou de rendas constituídas sobre imóveis, se entre vivos (arts. 856, III); *1)* da incorporação dos bens a pessoa sucessora da fundação extinta, seja constitutiva ou declarativa a sentença (Código Civil, arts. 30; Código de Processo Civil, arts. 654). Se não há regra jurídica que diga importar em extinção do direito real, ou da pretensão real, a prescrição da pretensão da pretensão, a sentença, que o declare, não é registável.

2.DECLARATIVIDADE. (b) É *declarativa* a eficácia do registro: a) da sentença de adjudicação de imóvel, em inventário, ao herdeiro, quando não houve partilha (Decreto n. 4.857, arts. 178, Lã), VI, 3,8 parte); Lã) da sentença de usucapião (arts. 550), inclusive nas espécies do arts. 551; e) da sentença que julga a posse incontestada e continua de servidão, aparente, com titulo e boa fé, durante dez ou vinte anos, conforme esteja presente, ou ausente, o dono do prédio serviente (arts. 698 e 551; Decreto n. 18.542, art. 173, Lã), XI; Decreto n. 4.857, arts. 178, b), VIII); d) da sentença que julga a posse trintenal, independente de titulo, e boa fé, da servidão aparente (arts. 698, parágrafo único); *e)* da sentença que julga a extinção, por prescrição: de . pretensão de usufruto, ou de uso, ou de direito de habitação, arts. 739, VI, 745, 748, ou de renda constituída, pelo registro, sobre bem imóvel; ou da hipoteca, pela prescrição do direito de crédito, com repercussão no direito real de garantia, que se extingue (art. 849, VI); ou da anticrese (arg. ao arts. 805, § 2.). Os autores da Lei n. 4.827, de 7 de fevereiro de 1924 art. 5,0, Lã), VII, e os consolidadores do Decreto nº. 18.542, art. 173, Lã), VII, e do Decreto n. 4.857~. art. 178, *b),* VIII, cometeram a gritante cincada de não preverem a transcrição da sentença de usucapião em caso de boa fé decenal ou vintenal (arts.

551: —dez anos entre presentes, ou vinte entre ausentes‖, —com justo título e boa fé‖). Pensou-se que o —titulo‖, de que se fala no art. 551, fosse a transcrição; ora, o título é o acudo *mais* o consentimento para a transcrição, *mais,* porém não necessAriamente, o título do negócio jurídico causal. Se o usucapiente tem o ata transcricional a seu favor, *é plus,* e só se explica que invoque o art. 551, se o ato transcricional está sendo atacado, como só se explica que o juiz declare a usucapião depois de admitir a *nulidade* ou *cancelabilidade* ou *retificabilidade* do registro: de qualquer modo, a decisão sobre usucapião exige transcrição, desde logo, pois a anterior foi tida por nula, ou retificável, ou cancelável (essa transcrição é que dará a *data* da usucapião, necessAriamente anterior à sentença, que é declaratória), ou após a retificação, cancelamento, da transcrição, que fora feita a favor de outrem. Também omitiu o Decreto n. 4.857, art. 178, Lã), a transcrição da sentença que julga a aquisição da servidão aparente,

independente de título e boa fé (Código Civil, art. 698, parágrafo único). No Código de Processo Civil, art. 446, §§ 29 e 39, cogitou-se das servidões que nascem nas ações de divisão ou de demarcação, que tem, como quaisquer outras, inclusive as de origem puramente negocial, quando se divide, parte ou demarca, de ser registradas, transcritas, se de origem sentencial, ou inscritas, se de origem negocial.

3.INSCRIÇÃO E CONSTUTIVIDADE. É constitutiva sempre a eficácia da inscrição, inclusive em se tratando de rendas constituídas ou vinculadas a imóveis, por disposição de última vontade (Decreto n. 4.857, arts. 178, a), XII).

O Código Civil, arts. 753, para não abrir exceção à regra da transmissão de direitos e constituição *ex lege* dos direitos, com a herança, estatuiu: —A renda constituída por disposição de última vontade começa a ter efeito desde a morte do constituinte, mas não valerá contra terceiros adquirentes, enquanto não transcrita no competente registro‖

(cf. Projeto de CoELHO RODRIGUES, art. 1.616; *Trabalhos da Câmara dos Deputados,* Vi, fi16 5. e 359).

Inscrevem-se: a) o instrumento público da instituição do bem de família (arts. 70-101); Lã) o instrumento público das convenções ante-nupciais; o) os instrumentos públicos das hipotecas legais ou convencionais; *d)* os instrumentos públicos dos empréstimos por obrigações ao portador; *e)* os instrumentos públicos do penhor de máquinas e aparelhos utilizados na indústria, instalados e em funcionamento, com as suas respectivas pertenças (cp. Decreto-lei n. 1.271, de 16 de maio de 1939, arts. 2); 1) das penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis; *g)* das citações em ações reais, ou pessoais reipersecutórias, relativamente a imóveis; *k)* do memorial de loteamento dos terrenos urbanos e rurais, para a venda de lotes a prazo, em prestações; *i)* o contrato de locação de prédio, no qual tenha sido inserta cláusula de vigência a despeito da alienação da coisa locada (art. 1.197) ; 1) do titulo da servidão não-aparente (arts.

687) e da servidão aparente; *k)* do usufruto e do uso sobre imóveis quando não resultarem de direito de família; *1)* das rendas constituídas sobre imóveis por disposição de última vontade; nO do contrato de penhor rural da cédula rural pignoraticia (Lei n. 492, de 80 de agôsto de 1987, arts. 2.0, verbação —transcrita no registro imobiliário‖, e 14; Decreto-lei n. 2.612, de 20 de setembro de 1940,

art. 1.0) ti) da promessa de compra-e-venda de imóvel, não loteado, cujo preço tenha sido pago ou se deva pagar a prazo, em uma ou mais prestações, bem como as escrituras de promessa de venda de imóveis em geral (Decreto-lei n. 58, de 19 de dezembro de 1937, art. 22; Decreto n. 3.079, de 15 de setembro de 1938, arts. 22; Lei n. 649, de 11 de março de 1949). –

No Decreto n. 4.857, o arts. 178, *d),* XI, disse que se haviam de inscrever o usufruto e o uso sobre imóveis e sobre a habitação, —quando não resultarem de direito de família‖, de modo que teriam de ser *inscritos* quando oriundos de negócios juridicos regidos pelo direito das obrigações e das exceções . Acontece, porém, quanto aos usufrutos, uso e habitação, constituídos por disposição a causa de morte, que ou se transmitiram *ex lege* (arts. 1.572), ou se transmitiram com a transcrição da partilha, se legados a cargo de algum herdeiro. A espécie única, em que seria de mister a inscrição, é a de usufrutos, usos ou habitações impostos a bem imóvel alheio (arts. 1.679).

A *inscrição* a mais, nos outros casos, teria eficácia somente declarativa *da transcrição.* Da inscrição das rendas constituídas sobre imóveis, por disposição de última vontade, fez-se a espécie à parte (Decreto n. 4.857, art. 178, a), XII), devido ao art. 758 do Código Civil.

 1.237. Transcrição e partem integrantes.

1.NATUREZA DA TRANSCRIÇÃO. É preciso, a respeito de registro de imóveis, atender-se a que há o registro do que é negócio jurídico com eficácia constitutiva, ou seja positiva ou negativa *(e.* g., a escritura pública em que se deu servidor de passagem e a escritura pública pela qual o dono do prédio serviente a modificou ou liberou o imóvel), ou fato jurídico com t&l eficácia (a morte, com a transmissão simultânea da herança e posterior dos legados), e o registro das comunicações de fato, informações, ocorrências, tais como a de ter sido edificado o terreno, ter o rio abandonado o álveo, ter sido aberta rua ao lado, à frente ou por trás do terreno, ter o dono do prédio confinante vendido a outro todo ou parte do prédio. O que figura no registro como titular de algum direito das coisas, desde o domínio, tem sempre essa pretensão a que se averbem no livro de transcrição ou de inscrição essas ocorrências ou circunstâncias obtidas ou novas (Decreto n. 4.857, art. 285). Uma dessas ocorrências é a divisão material do bem próprio, a fim de fazer dois ou mais; outra, a de junção de dois ou mais prédios contíguos, perdendo a objetividade à parte, a independência, e passando a ser partes integrantes de um só.

2.FRAÇÃO DA TERRA. Não há registro de imóvel que se não refira a fração da Terra, O direito da propriedade imobiliária é o direito da Terra. A Terra é que está à base dele, e todos os fatos do mundo jurídico, no que concerne ao direito da propriedade imobiliária, são *em relação* à Terra. Começa-se pelo direito das gentes, onde cada Estado tem o seu território, o defende e frequentemente tenta expandi-lo. A expansão, ainda quando *pessoal* (zonas de influência), tende a assegurar certas vantagens concernentes às riquezas da terra (minas, plantações, rios, ilhas próprias para defesa ou para entrepostos).

A própria concepção da comunhão *pro diviso* de edifícios de apartamentos não se concebeu no direito brasileiro, sem a *fração* no terreno sobre que se levantou a construção, ainda quando se trate de andar *feito depois.* Então cada comuneiro, ou um deles, ou alguns, transferem ao dono do novo apartamento, ou aos donos ou dono dos novos apartamentos, frações tiradas das suas.

8. DIVISÃO MATERIAL Se o imóvel é dividido pelo próprio dono (ou para si, ou para alienar parte divisa), no sistema do direito brasileiro é à averbação dessa ocorrência que se procede, não a nova transcrição. A alienação da parte divisa é que terá de ser transcrita para que a transferência do domínio sobre ela se possa produzir.

4.JUNÇÃO. Se o dono do imóvel quer juntá-lo a outro, tornando-os partes integrantes (perda da independência de cada um), pode promove-lo por meio de averbação. - Se os donos dos imóveis são diferentes e querem fazê-los todo indiviso, na proporção das suas áreas, é a averbação que tem de requerer, porque a esse negócio jurídico não se exigiu transcrição nem inscrição (Decreto n. 4.857, arte. 178 e 189). Não se trata de transferência de quota à sociedade (art. 289, IV), porque, *ex hypothesi,* não há sociedade, mas apenas comunhão *no indiviso.* Aliás, também é averbável a comunhão *no diviso,* salvo a de edifício de dois ou mais andares regido pela Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, e legislação posterior.

Assim, se A vende a B duas peças do seu apartamento, e E pede que se juntem essas peças ao apartamento contíguo, que é de E, essa operação, se as leis de direito público e a Lei n. 5.481, na espécie ou *is das,* a permitem, tem de ser transcrita, com as formalidades conseqüentes, e averbada no registro do apartamento de B. (Segundo a Lei n. 5.481, art. 1.0, são três o mínimo de peças que um apartamento pode ter.)

Tanto as reUniões quanto as divisões voluntárias de modo nenhum atingem os direitos reais sobre os prédios, que continuam os mesmos, com os mesmos objetos, salvo se o credor do direito real anuiu em que fosse *restringido* o seu direito sobre as peças restantes, ou se o credor do direito real do prédio *aumentado* teve o seu titulo estendido ao aumento por declaração de vontade do comprador.

§ 1.288. Imóvel sobre o limite circunscricional

1.PROBLEMA. O problema do imóvel em dois ou mais lugares, imóvel sobre a linha de direito público, que em tantos ramos do direito aparece, desde o direito das gentes e do direito internacional público ou privado, repete-se a propósito de registro de imóveis. O Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 179, depois d'e dizer que

—todos os atos enumerados no arts. 178‖ (entenda-se todos os atos que exigem registro para a eficácia *real* ou outra, especial, isto é, que —são obrigatórios‖) —serão efetuados no cartório da situação do imóvel‖, resolveu o problema do imóvel a mais de uma circunscrição: —Em se tratando de imóveis situados em comarcas ou circunscrições territoriais limítrofes, o registro deverá ser feito em todas elas;

o desmembramento territorial posterior não exige, porém, repetição do registro, já feito, no novo cartório‖ (art. 179, parágrafo único). A primeira regra é de direito substancial. A segunda envolve regra de sobre direito: a lei nova, o Decreto n. 4.857, arts. 179, não *incide* nos casos já registrados antes num só cartório. Resta saber se, havendo fusão de circunscrições, em vez de divisão, é preciso cancelar-se o registro feito num dos cartórios, isto é, naquele a cuja circunscrição não mais pertence o imóvel. A solução há de ser, quando muito, a averbação, porque se trata de ocorrência —que ~afeta o registro‖ (Decreto n. 4.857, art. 285). Se houve desmembramento territorial, jurisdicional, pode dar-se que o prédio fique cortado pela divisão de direito público. Então, o registro tem de ser feito no nôvo cartório, a expensas do serventuário.

2.SOLUÇÃO. A solução do Decreto n. 4.857 sobre duplo ou múltiplo registro foi a melhor. No direito suíço, por exemplo, adotou-se o mesmo *principio da pluralidade dos registros* (com remissão; Código Civil suíço, art. 952, alínea 1.8) porém satisfez-se o art. 952, alínea 2.8, com o registro de direitos reais no lugar em que é situada a maior parte do imóvel, com a simples *comunicação* aos outros cartórios.

3.CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ~ 187. No Código de Processo Civil, arts. 137, foi dito: —Se o imóvel sobre que versar a lide se achar situado no território de dois ou mais Estados ou comarcas, o fOro se determinará pela prevenção, prorrogando-se a jurisdição sobre toda a extensão do imóvel‖. Veja nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* 1, sob o art. 187.

§ 1.239. Transcrição e Regras

1.REGRAS. Quanto às pertenças ou estavam incluidas na escritura pública de aquisição do imóvel, ou na sentença, ou outro ato hábil, e o imóvel é tido com principal e elas como coisas dependentes que não são parte‘ ou ainda não haviam sido incluídas e há o problema da inclusão. Esse caso do problema se converte na primeira hipótese se incluem em algum ato transitivo ou divestitivo.

2.NÃO HÁ REGISTRO ESPECIAL. - Não há registro especial de pertenças. Mas as pertenças e ou *tros acessórios do imóvel* (o conceito de —acessório‖ seria mais que o de —pertença‖) podem ser ou não ser incluidos no registro do imóvel, trate-se de transcrição ou de inscrição de direito real. A hipoteca, por exemplo, pode abrangê-las, ou não (Çódigo Civil, art. 810, II). As pertenças bens imóveis tornam-se independentes, deixam de ser pertenças, se, conformando-se com a lei, o dono do principal e dos imóveis-pertenças ou grava de direito real. (A servidão é direito inseparáveis do imóvel, de modo que não pode ser objeto de hipoteca do outro direito real. Não é pertença.)
3.OMIS SÃO ERRO. Se as pertenças foram omitidas, ou por erro ou por engano, podem ser incluídas mediante *retificação* a que se procede conforme o Decreto n. 4.857, art. 228, que contém duas hipóteses (—erros‖‘ e —enganos evidentes‖). Se as pertenças não haviam, então, ele ser incluídas, ou somente agora se estabeleceu a relação de dependência entre bem, móvel ou imóvel, e o imóvel a que se ligam as pertenças tem-se de proceder como se prevê no Decreto nº. 4.857, arts. 285, *verbis:* —Serão também averbadas... quaisquer outras circunstancias que, por qualquer modo, afetem o registro ou as pessoas nele interessadas‖. Naturalmente, a legitimação ativa se rege pelos princípios do interesse na averbação.

§ 1.240. Serviço dos registros

1.—NE PROCEDAT EX OFFICIO!‖. (a) Nenhum ato do registro de imóveis pode ser praticado de oficio (Decreto número 4.857, art. 16). *Ne proeedat ex of lido* 1 De regra, o requerimento é verbal; mas o que seja por si só declaração de vontade desacompanhada de outra que desconstitua algum registro tem de ser escrito; *e.* g., o de cancelamento (art. 289, *iva tine).* (b)São *nulos* os registros, a respeito de imóveis, lavrados fora das horas regulamentares, ou nos domingos, ou nos dias feriados, *sem exceção.* O oficial que deu causa à nulidade responde civil e criminalmente (Decreto n. 4.857, art. 12) A invalidade é absoluta se consta do próprio registro. Relativa se se afirma que a hora indicada é falsa, porque, ai, a ação é tendente a desfazer (desconstituir) a fé pública do oficial e a presunção de veracidade. O fundamento é a *simulado.*

(c)A ordem de apresentação dos títulos é que tem de ser observada, salvo as exceções dos arte. 206-209 do Decreto n. 4.857. No caso de atingir a hora máxima regimental. o registro que *antes* se iniciou não se interrompe, prorrogando-se a hora, somente *para ele,* até ser concluído (art. 223). A força maior (art. 233), transindividual ou individual, do oficial justifica que se —interrompa‖, devendo constar o motivo, e no dia seguinte, à abertura do cartório, se há de prosseguir como primeiro registro do dia, *iniciado* no dia anterior, Os arte. 223 e 224 são explícitos: —O registro começado dentro das horas fixadas não será interrompido, salvo motivo de força maior declarado, prorrogando-se a hora até ser concluído‖ (art. 223); —Durante a prorrogação, nenhuma nova apresentação são admitida, lavrando-se o termo de encerramento no protocolo‖ (art. 224).

2.EXIGÊNCIA FISCAL. Se o registro *depende* de qualquer exigência fiscal ou de registro de titulo anterior, este deve ser efetuado ou aquela satisfeita dentro de quinze dias (Decreto n. 4.857, art. 222), alvo se o Interessado mesmo não entende que caiba a observação do oficial, caso em que esse há de *levantar a dúvida.* A regra da lei de registros (Decreto número 4.857, art. 222: —Se depender o registro de qualquer exigência fiscal, ou de registro de titulo anterior, este deverá ser efetuado, ou aquela satisfeita dentro em quinze dias, procedendo-se de acordo com a parte final do art. 215, se o interessado se recusar a atender à exigência‖) tem de ser interpretada: não se tira ao oficial a faculdade de levantar a dúvida, e essa dúvida pode ser sobre a constitucionalidade ou mesmo legalidade do texto fiscal; o art. 222 não tornou legitimas todas as exigências fiscais, nem as dispensou da observância da Constituição federal, principalmente do princípio do art. 141, § 1.0.

3.FIRMAS E COMUNICAÇÕES. O oficial do registro de imóveis pode sempre exigir que sejam reconhecidas as firmas nas *comunicações* ao registro (Decreto n. 4.857, art. 16, § 1.0).

A expressão —comunicações‖ está, ai, em sentido amplo, que é o próprio: comunicações de vontade, comunicações de conhecimento, comunicações de sentimento (Tomo II, §§ 227, 229, 233, 237 e 288). Porém havemos de entender que o oficial do registro também pode exigir o reconhecimento da firma em manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento, que não seja propriamente —comunicação‖. A alusão do art. 16, § 1.0, do Decreto n.

4.857 a —registro civil‖ não tira ao art. 16 a sua incidência a respeito de todos os registros públicos.

4.DESPESAS. As despesas do registro incumbem ao interessado que o requere e são pagas no ato da apresentação do título ou do requerimento (Decreto n. 4.857, art. 17). Exceto no caso, já mencionado, de divisão territorial jurisdicional em que o prédio fique em duas jurisdições, porque, aí, o novo registro e a retificação, por averbação, do antigo são a expensas dos respectivos serventuários..

5.SUBSTITUIÇÃO. Quando o oficial, ou algum parente seu, em grau proibido, fOr interessado no registro, tem de fazê-lo o substituto legal (Decreto n. 4.857, art. 18).

6.PUBLICIDADE. O registro de imóveis tem por finalidade *publicar* a constituição, a transferência ou a ocorrência a respeito da propriedade imóvel. Da! nascer a legitimação de qualquer interessado a que se lhe *comunique,* em presença do oficial, ou de pessoa por Me designada, o que consta dos livros. Ninguém pode, todavia, abusar desse direito (Código Civil, art. 160, 1). Infelizmente, pela grave herança portuguêsa, que concebia os cartórios como

—propriedades‖ de favoritos, o registro de imóveis tornou-se no Brasil, não um lugar em que se publicam atos sobre o registro de imóveis, mas o lugar em que se explanaram os segredos sobre ele. Quando se lê, em livros de outros povos, que basta o —interesse razoável‖, cf. C. WIELAND (Sachenrecht, *Kommentar* de A. Eaan, IV, 571) e F.

OSTERTAG (Sachenrecht, *Kommentar* de M. GMN, parte, □

2 a ed., 276), as nossas meditações tem de ser

melancólicas. Tanto mais quanto essa mentalidade de proprietários dos cargos públicos, que tem oficiais de registros e escrivões, depois de 1930 se contagiou a toda a administração pública, progressivamente. Aqui estou, aqui o *dono* sou eu.

§ 1.241. Transcrições ilegais e suas espécies

1.ILEGALIDADE DA TRANSCRIÇÃO (NULIDADE, ANULABILIDADE, RETIFICABILIDADE). Ilegalidade é infração de lei; mas as leis, as regras jurídicas não tem todas a mesma relevância: as conseqüências das infrações são diferentes. Nem- só a lei escrita é o direito.

a) Se o oficial do registro transcreve, ou inscreve, o que não poderia ser transcrito, ou inscrito, devido ao conteúdo do fato jurídico, a transcrição ou inscrição não existe como tal e, pois, não é eficaz *(inexistência).* Pôr exemplo, o contrato de compra-e-venda de bens móveis, que se transcreveu, não é ato estatal, não teria eficácia: constaria do livro de transcrições, como dele constaria o borrão da tinta que se houvesse derramado sobre a página. Não teria, sequer, o efeito probatório, que só se obtém com a transcrição no registro de títulos e documentos. Tais transcrições são *inexistentes;* por isso, totalmente ineficazes. São *inexistentes* as *transcrições* da transmissão da propriedade imobiliária sob condição suspensiva; de modo que o oficial do registro, *de oficio,* as pode cancelar. Outrossim, a inscrição de direito real que o sistema jurídico brasileiro não conhece. Também *tido existem* as transcrições, ou inscrições,

que não sejam pelo oficial público; *e.* g., pelo assaltante do cartório, ou pelo oficial do registro~já demitido, passado o oficio, interina ou permanentemente, a outrem. A transcrição não-acabada também não é transcrição.

No sistema jurídico brasileiro, o ato de registro, como qualquer ato de oficial público, se foi praticado por oficial falso (= =pelo que não é oficial), é inexistente (SILVESTRE GOMES DE MORAIS, *Tractatus de Executionibus,* IV, 37, tinha-o por nulo, mas era isso influência do sentido romano de *nullus).*

b)As transcrições podem existir e ser *nulas:* é o que ocorre se o oficial do registro é incompetente; ou se não houve acordo e promoção e consta do registro tal falta, para a transcrição, ou se não houve um

desses atos, *e consta n* o *registro tal falta;* ou se houve infração de regra de forma. A nulidade é decretável pelo juiz, em pedido de decretação que se lhe faça. É assim que se há de entender, quanto ao registro, o art. 229 do Decreto n. 4.857

(Decreto n. 370, art. 130; Decreto n. 18.542, art. 220) : —As nulidades de pleno direito, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta‖. Também são nulos os registros feitos após sentença de abertura de falência, salvo se a apresentação tiver sido feita anteriormente (Decreto n. 370, art. 129; Código Civil, art . 535; Decreto n. 18.542, art. 220, 2~ alínea; Decreto número 4.857, art. 230). Entenda-se: registros de atos jurídicos que o falido não pode praticar, por efeito da falência. Os outros são registáveis.

Se o oficial do registro de imóveis registrar, sem ser competente, territorialmente, o ato, trata-se de nulidade do ato do registro (ÁINARO VALASCO, *Decisionutn Consultatioitum ac rerum iudicatarulfl,* 1, 27): —Notarium non posse conficere instrumelitum extra territorium eius, qui illum creavit, etiam de consensu partium‖, ainda que os figurantes consintam; e a razão está em que a sua função não se prorroga: —... est ratio, quia tabellio non habet iurisdictionem, quae prorrogari possit, sed nudum ministerium, quod non est extendibile ultra locum et territorium, in quo constitutus est‖. Seria absurdo que se atribuísse, por consenso dos figurantes, fé pública, no lugar, a quem não na tem (quia privatorum consensus non potest tribuere fidem, publicam fidem non habenti in eo loco).

Se a pessoa não podia ser nomeada oficial de registro, mas foi nomeada e tomou posse e exerceu o cargo, a decretação da nulidade da nomeação não atinge os atos que praticou (ULPIANO, na L. 3, D., *de officio praetorum,* 1, 14: —... verdade é que exerceu a pretura... ~ o que edictou, o que decretou, será nulo? Ou, pela utilidade daqueles, que perante ele demandaram, ou por lei, ou por outra fonte de direito, *vel quo alio jure,* valem? Certamente opino que nada daquilo se há de reprovar, pois é mais humano, *hoc enim humanius est:* uma vez que o Povo Romano poderia discenir tal poder a escravo; e, se soubesse ser escravo, o faria livre‖; texto, em que é interpolação o que está em letra grifa)

A *declaração da inexistência* e a *decretação da nulidade* podem resultar da eficácia preponderante de alguma sentença de declaração, ou da eficácia preponderante de alguma sentença constitutiva negativa, ou da carga suficiente de alguma dessas eficácias. Outrossim, estatui o art. 231 do Decreto n. 4.857 (Decreto n. 18.542, art. 221:

—Também o registro poderá ser retificado ou anulado pelas decisões contenciosas proferidas sobre fraude de credores, quer em ação direta, quer indiretamente, quando rejeitados embargos de terceiro senhor e possuidor, em execução ou em ação -executiva, salvo os direitos adquiridos por estranhos de boa fé e a titulo oneroso‖. Tais ações tem de ser inscritas (ad *instar* do art. 227, *in fine,* do Decreto n. 4.857), para que, julgada a retificação e feita, ou julgada a anulação e cancelado o registro, a eficácia seja a partir da inscrição.

e)As transcrições ou inscrições são *anuláveis* quando, embora, por seu conteúdo, possam ser feitas, não houve acordo, ou não houve promoção para elas, sem que tal falta conste do registro, e as que se basearam em documentos falsos, ou falsificados, em sentenças rescindidas ao tempo de serem feitas as transcrições, ou inscrições, ou a pedido de pessoa que se verificou, depois, não ter sido a que podia pedir a transcrição, ou inscrição, ou tomar parte no acordo ou consentir na transcrição ou na inscrição. Não assim, se o que podia acordar, consentir, ou pedir, errou, *e.*

g., quanto ao nível de que se tratava. Tais ações tem de ser inscritas, para que a eficácia seja *a partir da inscrição* (antes, pois, da data da eficácia sentencial).

A 2.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 10 de dezembro de 1937 *(R. dos T.,* 118, 708), disse que o vendedor não pode pleitear a decretação da nulidade da transcrição, pois, no direito brasileiro, assinado o contrato de compra-e-venda, está me perfeito e acabado, não tendo o vendedor interferência na transcrição. A forma elíptica poderia levar a erros: a 2.ª Câmara pensou em contrato de compra-e-venda, que é consensual, e em acordo de transmissão (—vendo e traspasso‖, —damos poder para que por sua autoridade, ou como melhor lhe parecer, quando quiser, possa tomar posse‖, —desapossando-me da posse e transferindo o domínio‖, cf. GREciSmo MAJRTINS

CAMINHA, *Tratado da Forma dos Libelos,* 250 e 240). Por outro lado, se ao contrato de compra-e-venda foi decretada a nulidade, ou a anulação, ou a resolução, ou declarada a inexistência *(e.* g., simulação absoluta), o que figurou como vendedor pode pedir a retificação ou o cancelamento, conforme a espécie. Só há o óbice da aquisição da propriedade por terceiro, segundo os princípios. Sobre a confusão, freqüente e danosa, do contrato consensual com o acordo de transmissão, que é abstrato, já falamos, *e. g.,* no § 1.234, 7, e insistiremos no § 1.244.

d) São *retificações* as transcrições ou inscrições: se o teor do registro não exprime a verdade (transcrições ou inscrições só inexatas). —Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar a retificação, por meio de processo contencioso, que será inscrito‖ (Decreto n. 4.857, artigo 227; Decreto n. 1.542, art. 218; Código Civil, art. 860: Se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique‖, parágrafo único: —Enquanto se não transcrever o titulo de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel, e responde pelos seus encargos‖). As transcrições ou inscrições apenas retificáveis são eficazes, até que se retifiquem. Em todo o caso, permite-se a *inscrição* (Decreto n. 18.542, art. 218; Decreto n.

4.857, art. 227). Essa inscrição tem por fim assegurar que, feita a retificação, daquela, e não da data da sentença, ou do ato de retificação, comece a eficácia. Também noutros sistemas jurídicos se usa; *e.* g., na Alemanha, Lei do Registro imóvel (hino alemão, § 54, alínea 1.8, 1.8 parte; em Espanha, MORELL-.CAMPUZANO, *Comentarios a la Legúlacidn hipotecaria,* II, 664). Â pretensão de retificação, que, como as demais pretensões reais, nada tem com a atitude *subjetiva* do demandado, basta o elemento da contrariedade a direito. No Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 227, a pretensão só é exercível por meio de processo contencioso, salvo se a inexatidão consiste em erro na tomada de indicações, sem dano a terceiro (arts. 228) ou em inserção civada de nulidade (arts.

229).

2.INEXATIDÕES MATERIAIS E RETIFICAÇÃO NÃO-DANOSA. As inexatidões ou enganos evidentes, cometidos no registro, cuja retificação, por isso mesmo, não cause, ou não possa causar danos a terceiros, serão corrigidos pelo próprio oficial do registro, com as devidas cautelas, de ofício (Decreto n. 18.542, artigo 219, 2.8

parte; Decreto n. 4.857, art. 228, 2.a parte). Não cabe inscrever-se, porque se *supõe* que não se possa causar dano a terceiro. Tais retificações podem ser provocadas por qualquer interessada, ainda que o interesse seja futuro.

3.ERROS DE INDICAÇÃO DOS TÍTULOS. Os erros cometidos na tomada de indicações constantes dos titulos podem ser retificados, a requerimento do interessado, pois que se trata de tornar fiel o registro; ma os efeitos só se produzem a partir da retificação, ou da inscrição,

se foi pedida - O art. 228, 1.~ parte, do Decreto n. 4.857 (Decreto n. 18.542, art. 219, 1.8 parte) diz:

—Os erros cometidos na tomada de indicações constantes dos títulos poderão ser ratificados, a requerimento do interessado, mas só produzirão efeitos daí em diante‖. A retificação incorreta pode ser objeto de nOvo pedido de retificação, por parte do mesmo, ou de outro interessado. A inscrição, se demora a retificação, é conveniente fazer-se, para o começo da eficácia, se vier a ser feita a retificação *ad instar* do arts. 227 do Decreto n. 4.857. A eficácia tem de ser *ex nunc,* porque é possível que terceiros hajam confiado no registro - Com a inscrição, à semelhança da que se faz de processos judiciais de retificação. ou com a retificação, exclui-se, para o futuro, essa confiança.

Naturalmente, se a correção é de ofício, segundo o arts. 228, 2. parte, supõe-se que não se possa causar dano a terceiro, e implicitamente está excluída, por ser desnecessária, a inscrição.

Em tais casos, o oficial do registro não pode proceder de oficio, porque os diferentes daqueles em que a retificação dos enganos evidentes não pode causar danos a terceiros, como eles

-mesmos não poderiam - Não há no sistema jurídico brasileiro a retificabilidade de oficio à vista de simples exibição do documento público. -

§ 1.242. Transmissão pela transcrição

1.Mono DE TRANSFERÊNCIA E TRANSCRIÇÃO. Quando se fala de transmissão de bens, ou se alude à transferência que se opera entre vivos, ou se alude à sucessão hereditária. O sistema jurídico brasileiro considera a transcrição *modo de adquirir,* o que nos afasta do sistema francês - Quem vende, segundo o direito brasileiro~ não consente, somente por isso, em que o comprador peça a transcrição. Ele apenas prometeu prestar; não prestou, nem iniciou qualquer ato para a transcrição. *Transcrição* chama-se tanto o ato de transcrever quanto o resultado, o transcrito - Nas escrituras de compra-e-venda, por exemplo, depois de se dizer que, pelo vendedor, ou pelos vendedores, foi recebido o preço, acrescenta-se: —e, recebido o preço, disseram que desde já transferem o domínio, direito, ação e posse do prédio e suas pertenças e servidões ativas - - .— É o *acordo de transmissão* da propriedade, seguido do *acordo de transmissão da posse,* inconfundíveis com o contrato de compra-e-venda (cf. Luis FRANCISCO DE

MIRANDA, *Guia teórico e prático,* 809) - O consentimento, só, não transfere o domínio: repelimos, pois, a doutrina de Huco GaÔcío e de F. E. v - PUFENDORF, que MELO Ff111 *(Institutiones,* III, 26:

~_Ex simphicitate naturali dominium nudis verbis abdicari, et quovis actu externo, quo vóluntas declaratur, in alium proprietas transferni potest‖) adotava, mas evidentemente contra as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 7, 5 7, pr.; de modo que o *acordo,* por si só, não transfere; *a fortiori,* o contrato obrigacional.

2.ATO TRANSCRICIONAL E TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE.

A transmissão da propriedade imóvel pela transcrição *(ato transcricional,* em virtude de *acordo,* Auflassungi é admitida no direito brasileiro, ao lado da acessão, da usucapião e da sucessão hereditária (art. 530. 1-1V). Bem assim, exige-se a inscrição dos direitos reais. Há, pois, o *acordo* do alienante e do adquirente e o *ato* tra *nscricional,* que se não confundem. Ora, o acordo ou (A) é distinto, sem□que o ato transcricional o integre como fato jurídico, ou (B) é suscetível de eficácia, que depende, toda, do ato transcricional, ou (C) tem eficácia que vem antes do ato transcricional e da eficácia disse. Temos, ai, *teorias,* que se excluem - Além disso; não basta responder-se (a) que acordo e ato transcricional são fato jurídico: tem-se de responder se são negócio jurídico, ato jurídico *atri eta senas,* ou ato-

-fato jurídico; nem (b) que acordo é fato jurídico e ato transcricional também o tem-se de responder, a respeito de cada um, se é negócio jurídico, ato jurídico *atrieto sena,* ou ato-fato jurídico; nem (c) que a eficácia do ato transcricional á posterior e distinta da eficácia do acordo: tem-se de responder quanto à eficácia de cada um. POsto nesses termos, precisos, o problema da transcrição, considerada *modo de transmissão,* só então podemos, sem confusões, tratar as questões particulares. São pressupostos necessários de toda transmissão da propriedade imobiliária, que não seja por força de lei ou de sentença, se lei especial o admite: o *acordo* do proprietário sobre a transmissão, o *consentimento para transcrição* e a *transcrição.* A transcrição é necessária, sempre, mas pode dar-se que a transmissão já se tenha operado *por lei.* Dai resulta, como se terá ensejo de ver, que a transcrição nem sempre tem eficácia constitutiva. Quanto ao consentimento para a transcrição, o sistema jurídico brasileiro tem-no como implícito no acordo de transmissão, *salvo ressalva.* Portanto, é como se existisse no direito material escrito regra jurídica dispositiva; no direito processual registrário, o arts. 233 do Decreto n. 4.857 supõe-na *(verbis* —constantes dos títulos‖) -

8. EVOLUÇÃO DA EFICÁCIA DA TRANSCRIÇÃO. A transcrição, que, a principio, serviu à prova (ao meio probatório) da modificação jurídica que se operara, fez-se, depois, meio probatório, por si-mesmo, e finalmente parte do suporte táctico da transmissão da propriedade. Note-se bem: da transmissão, não do acordo, ou do consentimento à transcrição. O acordo, que era feito perante o tribunal ou a autoridade municipal e, pois,envolvia (ou implicava) o consentimento para a transcrição e o pedido, se separou desses, *conceptualmente* e *nos realidade,* podendo haver acordo, consentimento para a transcrição e pedido, distintamente, ou acordo envolvente de consentimento para a transmissão e pedido (já sem exigência de bilateralidade) Não há, no plano do direito de propriedade, tradição de imóveis; só há transcrição - A tradição, que pode ser *longa manu,* só se refere à posse. Daí emana que a tradição, ainda com o acordo de transmissão, não basta à transmissão da propriedade, nem, sequer, quando se explicita o consentimento para a transcrição; nem a transcrição, com o acordo de transmissão *da propriedade,* o consentimento para a transcrição e o pedido, processado, de transcrição, basta *à* transmissão *da posse.*

Vale a pena precisarem-se os conceitos, tomando-se para exemplos escrituras públicas que contenham dizeres diferentes:

a)—A vende a E o prédio da rua .., medindo tantos metros de frente por tantos de fundo, pelo preço de ... *(contrato de compra-e-venda),* transferindo, neste ato, o domínio, livre de qualquer Ônus, a B, que o aceita *(acordo de trans* missão) e a posse (*acordo de transmissão da posse,* que produz a tradição, se houve entrega da posse, ainda que *brevi manu,* ou *longa manu, ou* pelo constituto possessório)‖ - Por essa escritura, A pode pedir a transcrição, bem como E, porque se supõe, no direito brasileiro, que tenha poder de pedir a transcrição quem figurou, ou como outorgante ou como outorgado, no acordo de transmissão.

b)—A vende a E o prédio da rua ..., medindo tantos metros d'e frente por tantos de fundo, pelo preço de ... *(contrato de compra-e-venda),* transferindo, neste ato, o domínio, livre de qualquer ônus, a E, que o aceita *(acordo de transmissão)* e a posse *(ato de transmissão da posse,* que produz a tradição se houve entrega da posse, ainda que *brevi manu,* ou *longa manu,* ou pelo constituto possessório), mas a transcrição só se fará quando B pagar integralmente o preço (ou quando B e A o pedirem)‖ - Por essa escritura, pré-elimina-se a outorga de poder de provocação ou requerimento da transcrição, tal como resultaria da dispositividade da regra jurídica de que falamos (—Salvo estipulação em contrário, o acordo de transmissão outorga

poder de pedir a transcrição‖).

Se tempestivamente não se obtém a inscrição provisional,o terceiro tem a seu favor o registro, irradiador da fé pública. Por isso mesmo a justiça deve mostrar toda a sua eficiência na responsabilização do Estado, e todo rigor na apreciação da culpa do oficial do registro, quer criminalmente, quer na ação regressiva que o Estado mova contra o oficial do registro.

CAPITULO VII

ATO JURÍDICO DE ALIENAÇÃO, ACORDO DE TRANSMISSÃO E TRANSMISSÃO

§ 1.243. A) O negócio jurídico causal e o ato jurídico —stricto sensu‖

1.TITULO JURÍDICO. O negócio jurídico obrigacional ou o ato jurídico *stricto sensu* para a modificação *real* é pres suposto *acidental* da transcrição *(e. g.,* compra-e-venda pura, compra-e-venda condicional; permuta; dação em pagamento; transferência de quota a sociedades, quando constituída por imóveis a quota; doação entre vivos; arrematação e adjudicação em hasta pública; sentença de adjudicação para pagamento de dívidas da herança). É

preciso que exista e não seja nulo (não haja nulidade, não dependente de ação). No direito brasileiro *(aliter* no alemão), o oficial pode recusar a transcrição se *nula* a escritura, por defeito de forma ou de fundo (não, se só anulável) - É o *principio de legalidade* (Legalitãtsprinzip), que se observou na Prússia antes de 1872 e foi sempre o que se reconheceu no Brasil. A Alemanha não exigiu a apresentação do contrato de compra-e-venda, ou de outro negócio jurídico ou ato jurídico *stricto senas;* nem permitiu exame da nulidade. Mas o fato de se manter, no direito brasileiro, o principio da legalidade não dispensa o acordo, nem o faz causal, nem torna o negócio jurídico causal pressuposto *necessário:* a legalidade apura-se se o negócio juridico foi apresentado (O. PLANCI, K *ommentar,* 4.ª ed., 106) porque o acordo é titulo, só por si, no sentido dos arte. 580 *(verbis* —título de transferência‖), e 531 *(verbis* —títulos translativos

da propriedade imóvel‖) Assim, se o que consta do registro como proprietário apresenta (ou o outorgado apresenta) *acordo de transmissão,* em devida forma e com todos os requisitos legais, e. g., a escritura pública, se o prédio é de mais de dez mil cruzeiros (art~. 134,. II; Lei n. 196, de is de dezembro de 1952), não pode o oficial de registro recusar a transcrição do negócio jurídico abstrato -

2.IRRADIAÇÃO DE EFICÁCIA, SEM- SER X EFICÁCIA REAL. Do negócio jurídico causal ou do- ato jurídico *stricto sensu* e que se irradia a eficácia em pretensões, obrigações, ações e exceções; não do acordo. Dele é que pode resultar a *exceptio non adimpleti contractes.* A transparência do acordo, que é abstrato, é que deixa verem, do *outro lado,* esses efeitos, que não são seus (3. BIERMANN, *Sachenrecht,* 2.~ ed., 48; G. STEYERT, *Der dingliche Vertrag,* 30).

De regra, quando se pede a transcrição, leva-se, contendo acudo de transmissão, o instrumento do negócio jurídico.

É preciso atender-se a que o acordo de transmissão tem os seus pressupostos de existência e de validade e a sua eficácia, que não coincide com a do negócio jurídico. A compra-e-venda e a troca não transferem; são contratos consensunis. O que *pode* transferir é o acordo de transferência - Dele é que nasce, no direito brasileiro, o *direito* à *transcrição,* direito formativo -É tão grave erro atribuir-Se esse efeito, que é o do acordo de transmissão, ao negócio jurídico, quanto não se ver o acordo de transmissão ou seu efeito. Exemplo do ultimo erro tem-Se na decisão da l~

Câmara Civil do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 21 de dezembro de 1942 *(R. 9.,* 94, 110:

—Antes da transcrição do titulo, não é licito ao adquirente dispor da coisa imóvel, gravá-la de ônus, hipotecá-la, reivindicá-la do poder de quem a tenha, nem se opor às ações reais -Se o adquirente não transcreveu o titulo de aquisição, não lhe pertence o domínio. Em relação ao alienante, é ele simples credor. Não lhe cabe ação real de natureza nenhuma. Contra o alienante só tem ele ação pessoal. Para que fins? Ou para coagi-lo a entregar o imóvel, ou para obrigá-lo *à* indenização de perdas e danos. Quanto a terceiros, é-lhe vedado intentar ação de reivindicação.

Assim, quem não tem o domínio não pode reivindicar. Porque o fundamento único e exclusivo da reivindicatória é o domínio‖. O acórdão não viu o acordo de transmissão nem o seu efeito especifico:

o direito formativo à transcrição -

Somente viu o negócio jurídico e a transcrição -Por isso mesmo, reduziu os direitos do outorgado a direitos pessoais Outra o outorgante. Se o outorgado não pedira transcrição do titulo, podia pedi-la, a qualquer tempo. Se o outorgante acordou transferência com outro e esse terceiro obteve inscrição o direito formativo do outorgado foi ofendido pelo outorgante que alienou a duas pessoas, criminosamente. o acórdão está certo em tudo que disse quanto à reivindicação; porém não viu, entre a eficácia pessoal, obrigacional, do negócio jurídico causal e a eficácia real da transcrição, a eficácia *de direito das coisas* do acordo de transmissão.

A 2,a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 6 de junho de 1950 *(R. dos T.,* 187, 805), teve de julgar pleito sobre transcrição de doação de imóvel e decidiu: —A doação, para ter eficácia, deve ser aceita pelos donatários. Assim, a transcrição levada a efeito antes do preenchimento desta formalidade é transcrição inexistente, nula, podendo e devendo ser pronunciadas a requerimento de qualquer interessado, independentemente de processo contencioso‖. A confusão entre ineficácia e invalidade levou a 2.~ Câmara Civil a injustiça -A doação. que foi transcrita antes da aceitação, ou tinha prazo para a aceitação, ou não no tinha: se tinha prazo e, dentro dele, o beneficiado não se manifestou, entende-se que foi aceita, Se não era sujeita a encargo; se não tinha prazo, ou se havia encargo o beneficiado poderia aceitá-la depois da transcrição que se fizera. A doação, enquanto não aceita, ~

revogável como qualquer contrato, em iguais circunstâncias, o sena (artigo tomo IV), isto é, se, antes da aceitação, ou simultânea-mente, houver chegado ao beneficiado a revogação. Se, apesar da inscrição, o beneficiado não declarou aceitar, ou não é de entender-se que aceitou, pode o doador revogar e pedir o cancelamento da transcrição, para o que é legitimado ativo -A doação que a 2ª Câmara Civil deu foi injusta e a técnica: de doação que pode ter sido aceita não é transcrição inexistente, nem, sequer, nula; pode ser ineficaz (o acórdão cientifica ineficaz, inexistente e nulo, com imprecisões gritantes)

§ 1.244. E) O acordo de transmissão

1.CONCEITO DE ACORDO DE TRANSMISSÃO. O acordo de transmissão *(Einigung)* de direito das coisas é pressuposto, *necessário* (salvo a lei que lhe supra a falta), porque e nele que se contem as

manifestações de vontade para a modificação material do direito de propriedade. Não pode o oficial transcrever: se sabe que não existe *(e. g.,* não consta do contrato de compra-e-venda; trocou-se, sem se dizer que se transferia o domínio desde logo), ou que o

-acordo é nulo, nos casos em que a nulidade não depende de decretação em ação. O acordo não é suscetível de pré-

contrato que obrigue a ele, com caráter real (G. PLANCK, *KOlflfltefIt ar,* III, 4~a ed., 129). Tal pré-contrato teria efeitos sô obrigacionais e seria, na dúvida, pré-contrato ao negócio jurídico global (acordo + transcrição). Seria preciso, ai, a sentença segundo o art. 1.006 do Código de Processo Civil.

A transmissão formal, a *Auflassuflg* do velho direito alemão, é o que aparece nos dizeres dos notários portugueses e brasileiros, distinta, como é, do contrato de alienação, seja consensual, como a compra-e-venda, seja real, como a doação -Não há confundi-la com o negócio jurídico causal, porque é abstrata. Só para os que somente vêem o lado econômico, contrato de alienação e acordo de transmissão constituem negócio jurídico único: os leigos pensam que, se alguém comprou, já adquiriu - Ora, quem vende obriga-se, ainda não transmite; se vendeu e acordou transmitir, então sim a transcrição opera a transmissão. Há a *Sala* e a *InvestiturfL (E.* SOEM, Zur Geschichte der Ãuflassung, *Fest gabe* H - TEÓL, 79 sj, ambas solenes. No século IX misturam-se num só ato. No direito comum, os elementos romanos e germânicos tocam-se, influenciam-se.

A evolução que se operou até se esvaziar de causa o acordo de transmissão e de *animus* e *corpfls a* posse é apenas discernível, através de símbolos que substituíssem a tradição e a tomada de posse - —Sala‖, do gótico *saljan; saie, te seU,* ainda hoje significam, no inglês, dação, venda, dar, vender - Apenas se marca o momento em que se aliena a propriedade (H. ZOEPFL, *Deutsche RechtsgesChiChte,* 3. ed., 852; J. GRIMM, *Deutsch,e Rechtsalterthihfler,* 555) .

Não se tratava de negócio jurídico real, mas consensual a investidura é que atribuía eficácia real, eficácia *erga* omites e de saisina. Daí a parecença com a renúncia, que era unilateral. (A análise bem nos mostra que os negócios jurídicos bilaterais se compõem de dois negócios jurídicos. A propósito de *sala* falava-se de *ins restgng,* o que é expressivo, *e. g* -, em documento de 1229. Daí falar-se de *tradere* e *vestire per festucant,* ora como sinônimos, ora em sentido *in fieri,* cf. O. JJ. Du CANGE, *Glossarittm mediae et infimae latinitatis,* III, 890 e 542, em documentos de 872 e 819, L. ZIMMERLE, *Das deutsche*

Stammgut88~i8t em, 71.)

O traslado da escritura pública não é só documento de prova. Prende-se a símbolo de transmissão, à *carts.* Ainda hoje a carta de adjudicação tem tal eficácia, que a simples assinatura do documento não tem: esse era a *no titia;* a *carta* continua o símbolo (A. L. J. MICEELSEN, tlber *die* festuca notata, 22; E - BEWER, *Sala, Traditio, Vestitura,* 45). O —notum sit‖ o —saibam quantos‖, faz a *notitia;* a carta é posterior, inconfundível com a simples notícia.

O acordo de transmissão e a transcrição são fatos distintos, de eficácias distintas. Os efeitos daquele são independentes dos efeitos dessa (cp - 11. S'rÕVER, *Ist die Einigung im Sachenrechi des 3GB.* dii *Rechtsgeschdlt?, 471-* Pela natureza contratual do acordo de transmissão, F.BERNHÓFT *(Das Bifrgerliche Recht,* 489), O. BEST

(Das Grundbuch- und ffgpothekeflrecht, 1, 32 e 49 sã, O. VON BUCEKA *(Das Bijrgeriiche Gesetzlyuch ind das gemeine Recht,* 1, 172), E. BURL *(Das Redil der beweglichefl Sache n,* 57), 1'.ENGELING *(Ist die Einigung des 3GB. em Vetrag - . - ?,* 45 s.), F - MEILHAUS *(Der Eigentumserwerb, 96),* M – OSTERMEVER *(Handbuch des Sachenrechts,* 156) e K. E. ROMEXCR *(Dungucher Vertrag,* 20). Contra, E. BRUCIC *(Die Einigung ira Sachenrecht,* 19), além de lvi. E- ECCIUS, em seus vários escritos, J. MEISNER *(Das 3GB.,* III, 88 s. e Si s.), e A.

SALOMON *(DieenehmigUn0 ira1bbuch des 3GB. in ihrer Beziehuiw zu der Einigung des Buches, 36-89* e 57.).

2.DE QUANDO NECESSÁRIO O ACORDO DE TRANSMISSÃO.O acordo de transmissão só é necessário, se a transmissão se baseia em negócio jurídico - Não no é, portanto, na transmissão de bens imóveis por herança, na comunicação legal de bens e na desapropriação sem acordo.

É preciso não se deixe de atender à distinção entre o contrato, o acordo de transmissão e a tradição (ou transcrição, que lhes faz as vezes - Se o contrato foi nulo, *e.* g., por defeito de forma, e ao acordo de transmissão se seguiu a transcrição, pode dar-se que o outorgado adquira a propriedade, se de boa fé (se no contrato não figurou pessoalmente). O acordo de transmissão é abstrato. A eficácia é do acordo e da transcrição, e não, de modo nenhum, eficácia sanatória da nulidade do contrato *(aUtor,* Código Civil alemão, § 818, 2.~ alínea; cf. KuRT GUTBROD, *Der*

obligatoriache

Grundstitcksverdusserungsvertrag,

109

s.;

ST.

BETT,

Formfragen

boi

Grundstiickvertiusserungen, 83 s.), sem completamento do contrato. Surge o problema da ação para o outorgante haver o preço do imóvel e os interesses. *Ex hvpothesi,* o negócio jurídico foi nulo e não houve sanaçao, ou confirmação. A solução, no direito brasileiro, é a ação de enriquecimento injustificado, pois, não tendo havido sanação, nem confirmação, não se podem invocar, como no direito alemão, os princípios da confirmação ou ratificação no sentido dos arts. 148-151 *(Bestdtigung),* conforme G. PLANCK *(Kommentar,* II, *1,* 846), F -

SCHOLLMEYER *(Redil der Schuldverh?iltnisse,* 169), L. KUHLENBECIt (3. *von Staudingers Kommentar,* II, 246; porém não mais assim WEBER, na 10.~ ed.), HANS REICHEL (Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschãfte, *Árehiv fiZr die civilistieche Praxis,* 104, 18), nem os da sanação ou completamento *(Ergtinzung),* como sugeriam P. OERTMANN (Heilung der FormungQltigkeit naçh § 313 Satz 2, *Zentralblatt flir freiwillige Gerichtsbarkeit,* 16, 589, e F. STAUB, *Das Prabiem dos* § *81*, Aba. 2,* 25 s.). No direito alemão, discute-se quanto à eficácia *ex tuno,* ou *ex nuno;* no primeiro sentido, L.KUHLENBECI(*(1. von Staudingers Kommentar,* II,- 246),

F.SCHOLLMEYER *(Recht der Schuldverhàltnisse,* 169), L. ENNECCERUS *(Lehrbzwh,* II, 31.~-85. ed., 99); no segundo, *G.* PLANCK *(Kommentar,* XI, 1,346), O. VON GIERICE *(Deutsches Privatrecht,* II, 451) e HANS

REICHEL (Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschifte, *Árchiv,* 104, 18), XC. GUTBROD *(Der obligatoriache Grwtdstiicksverdusserungsvertrag,* 115), E. Voía *(Dia Bedeutung dos gesetzliohen Formzwanges,* 53).

No direito brasileiro, a nulidade, por defeito de forma ou de capacidade, ou outra causa, e a anulação podem não atingir a aquisição, pois o acordo de transmissão é abstrato. Quanto ao direito

das coisas, tudo se passa em torno da questão: ~adquirir ou não adquirir? Se adquiriu com dano para o dono do prédio, há ação contra o oficial do registro de imóveis, que não examinou o caso como era de seu dever. Outra conseqüência de não haver regra jurídica como a do § 318 no sistema jurídico brasileiro é a de não ter ocorrido nem correr o prazo preclusivo do art. 178, § 5?, IV

(ação por vício redibitório) se ao contrato a que sobreveio a transcrição era nulo (no direito alemão, discute-se se correu ou se corre desde a transcrição).

A eficácia da transcrição independe de ter sido promovido o registro pelo outorgante ou pelo outorgado, ou de a ter querido qualquer deles (também, no direito alemão, a sanação independe da vontade dos figurantes, E. BAIa, *Dia Auflassung aul Gnund emos formlosen Kaufvertrages,* 67; cp. B. TOCHTERMANN, *Der* § *818 BGB.,* 68). O que é preciso é que tenha havido o acordo de transmissão, porque, se o contrato é nulo, nenhum tem dever de provocar a transcrição, ainda se feito perante repartição pública (cp. O. KRACHT, *tlber die Tragweite dos* § *813 dos BGB.,* 50).

O que se disse quanto à transcrição também é invocável a respeito de inscrição de direito real limitado.

Os bens imóveis podem ser objeto de comércio, nem se podem deixar de considerar as espécies em que imóvel ou imóveis entram em comunhão ou patrimônio regido pelo direito comercial. A eficácia de direito das coisas dele depende, salvo regra jurídica especial como a do art. 46 do Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940: —Ainda que se trate de bens !móveis de valor superior a Cr$ 1.000,00, a sua incorporação na sociedade, para a constituição de todo o capital ou parte dele não impõe a forma de escritura pública‖. Mas o registro é que dá a eficácia real, e é preciso que haja acordo na transmissão, ou que o outorgante peça, por escrito, a transcrição, porque, ai, há o seu consentimento na transferência. Antes disso, só há o contrato de sociedade por ações, que somente pode ter eficácia obrigacional. O art. 46 não dispensou o acordo ou o consentimento do outorgante, nem a transcrição (para o direito alemão, cf. H. MAKOWER, *Handelsgesetzbuch,* II, 13.8 ed., 1014 e 110). Em vez de mil, leia-se, hoje, dez mil cruzeiros.

8.CONTEÚDO DO ACORDO. O conteúdo do acordo é a vinculação, pela coincidência das vontades, a respeito da modificação de direito, que é, ai, transmissão da propriedade imobiliária - Para ele, não se exige determinada expressão. As regras de interpretação, inclusive o art. 85, tem cabimento. O que importa é que o transmitente haja querido a transmissão ao adquirente, esse a haja aceito, e tal transmissão (por transcrição) seja expressa (O -

LENEL, Fragen des Immobiliarsachenrechts, *Deutsche Juristeri-Zeitung,* V, 286 s. ; cf., contra, WUNDERLICH, *Eintragumsbewiuigung,* 88 s.). Nem o Código Civil brasileiro, nem o Código Civil alemão (à diferença de 1 Projeto alemão § 828, alínea 2.~) estatuem que no acordo já se contenha o consentimento para a transcrição. De ordinário, o acordo já o contém, posto que sejam atos jurídicos distintos. Tão-pouco todo consentimento para transcrição contém oferta de acordo (G. PLANCK, *Kommontar,* III, 4.~ ed., 128); nem o consentimento para transcrição é parte necessária do acordo que o precede (sem razão, F. KRETzSCHMAR, *Das Sachenrecht,* 57 5.; *Einflihrung in das Grundbuckrecht,* 1, 194 s.). O acordo sobre a transmissão gera a possibilidade de se poder adquirir a propriedade pela transcrição (direito formativo) : o transmitente, por ele, abdica, *auflassen* (sobre isso, cf. W. E. ALBRECHT, *Die Gewere,* 66), sem que já se transmita a propriedade. A propriedade mobiliária transmite-se com a tradição, ou pelo constituo possessório (art. 620), ou por lei. A propriedade imobiliária pela transcrição (art. 530, 1), pelo direito hereditário (art. 530, IV), ou por lei especial. O acordo, com a incidência da lei (isto é, se o suporte fático é suficiente), entra no mundo jurídico, e a relação jurídica, que dai resulta, é apenas vinculatória. Por Isso, não dá ensejo a ações condenatórias, a *fortiori* executivas, nem a ações constitutivas, ou mandamentais; mas pode ser objeto de ação de indenização por ilícito absoluto (arts. 159 e 160) e de ação declaratória para que se declare qual e até onde vai a abrangência do acordo. Por exemplo: descreveu-se, no acordo, o prédio B, ou designou-se o prédio B, em vez do prédio A, que foi objeto do acordo; o transmitente propõe ação declaratória, ou a propõe o adquirente (A.

VON TUHR, *Der Aligemeine TeU,* 1, 125, nota 14). O acordo, por si só, não restringe o poder de dispor, não é ato de disposição do bem; nem outro acordo, ou ato de disposição com terceiro, implica revogação pelo transmitente (M. E. Eccíus, *Gruchota Beitrdge,* 51, 682; sem razão, E.KOFPKA, Em Beitrag, *Fostgabe flir* RIcHAIW WILKE, 165, e P. SIMON, *Die recktliche Natur der sachenrechtUchon Einigung,* 21 s.).

4.PRÉ-EXCLUSÃO PRINCIPIAL DA VINCULAÇÃO UNILATERAL. A vinculação unilateral é pré-excluída (K.

FÕRSTEa, Einzelne Betrachtungen, *Das Recht,* VII, 56; L. BENDIX, Zur Auslegung des § 873 BGB., *Seu ffe,ls Rldtter,* 68, 200; P. SIMON, *Die rechtllche Natur der Einigung,* 97; H. SIBER, *Das Buchrecktsgeschdft,* 43, nota *4;* E. GOLDMÂNN li. LILIENTHAL, *Das Rltrgerliche Gosetzbuch,* II, 197; C. PREDABI, *Die Grundbuchordnung,* 2.8 ed., 21, nota 48; sem razão, LI. E. Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag, *Gruchots Reitritge,* 47, 56, também 49, 152, e 51, 684). Assim, se A declarou, sem B declarar, ou se B declarou, sem A declarar, nenhum está vinculado, ainda que A, ou B, se apresse em pedir a transcrição (G. PLÂNCK, *Kornrmentar,* III, 4.‘ ed., 126). A concordância (aceitação), sem a devida forma, é sem vinculação e, pois, não vinculado continua o tranamitente (ERNST BRUCK, *Die Einigung im Sackenreckt,* 69 a.; N - H. KRIEGSMANN, *Der Recktagrund der Eigentumsiibertragung,* 65).

5.RECEPTICIDADE DAS DECLARAÇÕES DE VONTADE NO ACORDO DE TRANSMISSÃO. As declarações de vontade no *acordo* são recepticias. Não basta chegarem ao tabelionato, ou ao registro de imóveis, ou ao juiz. Antes da aceitação, herdeiros e representantes do que disse transmitir podem revogar (H. Smn, *Das Buekrecktsgeschdft,* 115 e 146; P. Simon, *Die recktliche Natur der Einigung,* 101 a.; C - PREDaI, *Dia Grundbuchordnung,* 2. ed -_ 13), bem assim o representante da massa; salvo se elas, em si-mesmas, são irrevogáveis (afla. 1.080 e 1.081, II e III). Se o acordo depende do negócio jurídico ulterior, precisa ser capaz ao tempo desse o transmitente. A sentença do art. 1.006 do Código de Processo Civil é prestação da declaração de vontade necessária ao acordo, desde o trânsito em julgado, ou segundo o § 1.0 *(Comentários,* VI, 368-884) -Porém o contrato de compra-e-venda, sem acordo, não contém promessa de declaração de vontade; com o acordo, já contém a declaração de vontade - É preciso, portanto, que se não confundam: o negócio jurídico causal, o acordo e a promessa, rara, de declarar a vontade (do acordo) - Aliás, o julgado somente executa a promessa de declarar do que foi condenado, e não a da outra parte. Pode dar-se: ou que ambos sejam condenados, um, na ação, e outro, na reconvenção; ou que o autor já tenha declarado; ou que ainda exista promessa não cumprida, salvo se há de entender que a propositura da ação implica cumprimento da promessa por parte do autor

(G.PLANCK, *Kommentar,* III, 4.~ ed., 127, acha que é a regra). Se a escritura pública é de exigir-se, claro que o pedido do autor envolve declaração de acordo -

6.FORMA ESPECIAL DO ACORDO DE TRANSMISSÃO. O acordo é negócio jurídico que exige a escritura pública sempre que o valor do imóvel excede de dez mil cruzeiros (art. 184, II) Lei n. 1.768, de 18 de dezembro de 1952, art. 1.0). O art. 184, II, refere-se aos negócios jurídicos que contem promessa de transmissão e aos negócios jurídicos de transmissão, inclusive o acordo; não ao pedido de transcrição - Não importa, no direito brasileiro, se a transcrição precedeu, ou não; o acordo posterior, para encher a menção da transcrição, se nulo o acordo anterior, há de ser por escritura pública - O acordo não precisa ser apresentado ao registro de imóveis, para ser vinculativo; para se proceder à transcrição, sim: a falta de apresentação nada tira ao acordo; apenas, se outro pedido de transcrição se faz, aquele não mais pode pretender passar-lhe à frente.

7.PLURALIDADE DE OBJETO E PLURALIDADE DE OFÍCIOS DE REGISTRO. O acordo pode ser concernente a dois ou a mais de dois imóveis de duas ou mais situações, correspondentes a diferentes oficiais de registro, O pedido-exigência é que há de ser a cada um deles, conforme a sua competência. Se o *contrarius consensus* ou outra causa de exclusão parcial apanha, ou não, o resto do acordo, decide-se segundo o art. 153, 1.8

parte. Também a questão da repercussão da decretação de nulidade, ou anulação, ou outra decisão judicial sobre o resto do acordo, se quanto a alguma parte fOra feita a transcrição, se resolve conforme os princípios. No art. 184, o Código Civil exige a escritura pública aos negócios jurídicos *translativos* da propriedade, se o bem imóvel é de valor superior a dez mil cruzeiros. A sanção é a da nulidade (arts. 82, 129, 180 e 134), e não a de não entrar no mundo jurídico o ato que, devendo ser por escritura pública, foi feito por escritura particular. Uma das conseqüências é que, transcrito o acordo, a transcrição opera a transmissão, se sobrevém a escritura pública. De regra, o acordo precede a transcrição. O oficial não pode transcrever, sem ser apresentado o titulo; se, porém, não se recusou a transcrever o titulo nulo, o acordo pode suceder, com a forma própria, ao registro, enchendo-o: a regra jurídica de que o acordo há de preceder a transcrição é simplesmente ordinatória (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 27.L32.~ ed -_ 104 s.).

8.DIFERENÇA ENTRE 05 FIGURANTES. Transmitente e adquirente precisam ser pessoas diferentes, O orgão da pessoa jurídica, salvo regra jurídica especial, ou estatutos, pode adquirir para si; e qualquer

pessoa, alienar à pessoa jurídica de que é órgão - A sociedade sem personalidade não pode transmitir, nem adquirir por transcrição, pOsto que os membros dela o possam, havendo, ou não, referência a ela. Nem o concebido e o não nascido, nem o já morto podem figurar (STRUCKSBERG, Hypothekeneitragung for einen Verstorbenen, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 18, 161

s.). Mas, se figuram no consentimento para a transcrição, houve falsidade - Quanto aos não-nascidos, há as exceções do art. 1.718, 2~a parte. A escritura de compra-

-e-venda, em que se não diz —A transfere a E o direito de propriedade e E recebe os bens‖, não é suscetível de registro. Não pode ser transcrita, porque o negócio jurídico, de que se trata, é só obrigacional, e não houve acordo sobre a transmissão, não houve a deixação e o recebimento da prestação - No direito brasileiro, a compra-e-venda não é contrato real; é consensual - Nem há, nele, a regra do art. 1.188, 2.8 parte, do Código Civil francês: —ElIe (1'obligation de livrer la chosê) rend le créancier propriétaire‖. Pelo contrato de compra-e--venda, um dos contraentes apenas se *obriga* a transferir o domínio; não o transfere - O que pode transferir é o acordo a esse respeito.

9.CONDIÇÃO E TERMO NO ACORDO DE TRANSFERÊNCIA. O *acordo* é suscetível de termo ou condição, suspensivos, ou resolutivos (G. PLANCK, *Komentar, 1I, 4ª* ed., 129). o acordo é abstrato; em conseqüência: a nulidade dependente de ação e a ineficácia do negócio jurídico causal não o atingem, mas pode ele encher-se de causa (fazer-se causal) elevando-se a validade e a eficácia do negócio jurídico causal a condição *(condicio in praesens coilata)* ; nem se pode interpretar que o fato de fazerem parte da mesma escritura faça o acordo depender do negócio jurídico causal.

10.VALIDADE E INVALIDADE DO ACORDO. A validade do acordo resulta das regras gerais sobre validade dos negócios jurídicos (ERNST BRUCK, *Die Einigung im Sachenrecht,* 52 s.) -Abstrato, como é o acordo, nenhum influxo tem sobre ele a nulidade do negócio jurídico causal, ou a sua anulabilidade (N. H. KRIEGSMANN, *Der Recktsgrund der Eigentumsilbertragung,* 94; E. STROHAL, Reichtstibertragung und Kausalgeschãft, *Leipziger Zeitsehrift,* III, 612) - Naturalmente, a razão da nulidade ou da anulabilidade pode ser comum, o que é freqiiente quando no mesmo momento. Se há separabilidade e, pois, não há contagiação, não sendo comum, é questão de interpretação do negócio

jurídico - Mas alguns juristas entendem que o fato de estarem juntos, no tempo e formalmente, os unifica (Fa. ANDRÉ, Einfache, zusammengesetze, verbundene Geschãfte, *Festgabe flir* L.

ENNECCERUS, 14 s.; G. PLANCK, *Kommentar,* ~ 48 ed., 131; C. PREDABI, *Die Grundbuchordnullg,* 1, 4; W -

TURNAU - K. FORSTER, *Daà Liegenschaftsrecht,* 1, 102; contra: N. H. KRIEGSMANN, *Der Rechtsgrund der Eigentunisiibertragung,* 94 s.; E. GOLDMANN - II. LILIENTIfAL, *Das BI&gerliche Gesetzbuch,* II, 210; ERNST

BRUCK, *Die Einigung im .Sachenrecht,* 65) -

O acordo é nulo se ocorre uma das causas do art. 145, 1 (incapacidade absoluta), II, 2.8 parte (impossibilidade do objeto), IV (pressuposto essencial), V (infração de regra especial de lei). Quanto à forma (art. 145, III), há de ser a escritura pública (art. 184, II), salvo exceção legal. O dissenso (= =não-acordo) sobre a *causa* da transmissão de propriedade é sem influência no acordo de direito das coisas (N. H. KRIEGS MANN, *Der Ret3htSgrUnd der Eigenturnsiibertragung,* 84 s.), salvo unificação evidente. A incapacidade relativa (arts. 146, 1), o erro, o dolo, a coação, a simulação e a fraude contra credores (art. 146, II) fazem anulável o acordo (cf. ERNsT BRUCK, *Die Einigung im Sachenrecht,* 59 5.; H. SIBER, *Das Buchrechtsgeschãft,* 167 sj. O acordo é anulável se o alienante dispôs de outro bem que aquele de que queria dispor ou o adquirente adquiriu. TrAnsita em julgado a sentença favorável a ele, não é preciso nova transcrição, pOsto que possam os interessados, por interesse de ambos, preferir que se faça outra transcrição, em vez do só anulamento da anterior (G. PLANCK, *Kommentar,* III, 43 ed., 182), o que é aconselhável se já pende ação rescisória do julgado. Para a aquisição do outro, é preciso que se faça nOvo acordo, nova transcrição (TH - WOLFF, Der Mangel des Erwerbswillens bei der Auflassung, *Das Recht,* IV, 389, e V, 460; B. KÓPPERS, Der Mangel des Erwerbswillens bei der Auflassung, *Das Recht,* V, 882 e 534). Se apenas houve falsa indicação do bem, mas o acordo recai no mesmo bem, não há anulabilidade (G. PLANCK, *Komm.entar, III,* 43 ed., 182); feita devidamente a transcrição, a transmissão opera-se - Não assim, se a transcrição também foi errada, caso em que os interessados devem pedir a retificação, sem precisarem de nOvo acordo, pelo princípio do arts. 85. Idem, se figura no acordo todo o bem, quando só se alienou parte, ou se figura parte, quando se alienou todo, desde que se possa proceder à retificação (cf - H. REíss, *Grenzrecht und Grenzprozess,* 60 s.) - Quanto à ilicitude (art. 145, II, 13 parte), o acordo é abstrato, não se pode descer a causa que não está

nele, para se reputar nulo o acordo. O negócio jurídico causal é que pode ser ilícito, ou contra os bons costumes, e a nulidade dele não se contagia ao acordo, que é abstrato (L. ENNECCERUS, *Das Bilrgerliche Recht,* 2.8 ed., 1, 247; F. ENDEMANN, *Lehrbuch,* II, 3848 ed., 83; G. PLANCK, *Kommentar,* fl, 43 ed., 138; sem razão, H. DERNBURG, *Das Burgerliche Recht,* III, 23 qd., 89; K - COSACK, *Lehrbuch,* 1, 29 e 107; M. HACHENBURO, *Vortrâge,* 60; F. K -

NEUBECKER, Der abstrakte Vertrag, a *rchiv fUr Biirgerliches Recht,* 22, 68 s.). Se o contrato ou outro negócio jurídico fez parte sua o acordo, ou se o negócio jurídico do acordo se despojou da sua abstração, é diferente em todo o caso, contra: ERNST BRUCK, *Die Einigung irn Sachenrecht,* 65; e N. *II.* KRIEOSMANN, *Der Rechtsgrund der Eigentumsitbertragung,* 94 si - No que concerne à impossibilidade, cumpre distinguir: o oficial nega a transcrição, porque não pode proceder a ela; os arts. 1.091, 865, 877, 879 e semelhantes não incidem, porque *só* dizem respeito ao negócio jurídico básico. A resolução desse (art. 1.092, parágrafo único) não atinge o acordo.

O acordo de transmissão pode ter sido, quer de parte do outorgante, quer da parte do outorgado, a) ato de pessoa relativamente incapaz, ou *b)* de quem, sem poderes de representação, se disse e atuou como representante, e) ou apenas atuou, ou *d)* de disponente sem poder de disposição. Pergunta-se se pode ser ratificado o ato anulável a), ou o ato ineficaz e), ou *d)* - Logo aí se vê que o termo —ratificado‖ está em sentido adipiíssimo que abrange o sentido nos arts. 148-151 *(Besttitigung)* e o sentido no art. 1348 *(Genehmigung)* e no de pós-eficacização *(e - g.,* art. 622, imprOpriamente dita, no texto do Código Civil, —revalidação‖) -

A ratificação do acordo tem de obedecer às mesmas exigências de forma que o acordo -receptício, tem de dirigir-se ou pelo sucessor do que fez seja ao oficial do registro à transcrição, se a ela já (cp. L. SEUFFERT, *fie Lehre schaft,* 69 s -) . A eficácia é *der Ratihabition,* 71; H.

Como negócio jurídico unilateral e ser recebido pela mesma pessoa parte do acordo, mas basta que de imóveis onde se procedeu se procedeu ou se vai proceder *von der Ratihabition der Rechtsgeez tunc* (A. SIEGERIST, *Lehre voit* JUNXER, *fie Genehmigung,* 24;

cp. A. SCHULTZ, *fie Konvalescenz,* 32). Se, tratando-se de relativamente incapaz, intervém distrato, em que ambos os interessados figuram, o ato jurídico anulável deixa de ser, porque o segundo também tem efeitos, ainda que a pessoa que devia assentir não tenha assentido ao ato do relativamente incapaz. De modo que o

primeiro desapareceu e, pois, não mais se pode pensar em ratificação (sem razão, H. REINBERGER, *Vollmachtslose Stellvertretung und Genehmigung,* 10 5.; G. VON BtJCHKA, *Das Rúrgerliche Gesetzbuch und das gemeine Recht,* § 5; A. SALOMON, *fie Genehmigung mi 1. Ruch des EGE. iii ihrer Beziehung zu der Einigung,* 14).

A ratificação pós-eficacizadora, ou, melhor, a pós-eficacização, não apaga invalidade, eficaciza apenas . Também opera *ex tine.* Veja Tomos III, §§ 317,4, e 320, IV, 367, 387,1, cp. 418420, 451, 1, V, 533, 3, VI, 650, 4, e 686, 6.

Se houve dois ou mais acordos, ou o conteúdo do acordo é divisível, pode dar-se ratificação parcial.

11.ACORDO DE TRANSFERÊNCIA E OS ATOS JURÍDICOS POSTERIORES. O acordo, o pedido-exigência e a transcrição estão separados, de regra, por lapso de tempo, O pedido-exigência ou apresentação de título ou títulos fica entre os dois - Mas, se entre o acordo e o pedido-exigência, ou entre acordo, pedido-

-exigência e transcrição, morre, ou cai em incapacidade o alienante, o vínculo do acordo fica. Promove-se o pedido-

-exigência, ou se prossegue no processo perante o oficial, ou perante o juiz, e obtém-se a transcrição. Se o acordo era nulo, ou pode ser anulado, os herdeiros e o representante legal podem, respectivamente, alegá-lo, ou propor a ação. Se o acordo é nulo, valha ou não o negócio jurídico causal, a transmissão não se pode operar: nem se poderia fazer a transcrição, nem o registro, se a ela se procedesse, estaria de conformidade com a lei. Caberia a *ação de retificação do registro* (Decreto n. 4 857, de 9 de novembro de 1939, art. 227; Código de Processo Civil, arts. 595-597; G. PLANCK, *Kommentar,* III, *43* ed., 130). O alienante, se o acordo é nulo, podendo ser decretada, fora de ação, a nulidade, pode defender o bem contra terceiro, ou no concurso de credores ou na falência do adquirente, ou do terceiro adquirente, salvo incidência de algum principio que a esse proteja (artes. 530, 1; ERNST BRtJCK, *fie Einigung mi Saehenrecht,* 65 s.). Se o acordo é anulável, e já foi anulado, tudo se passa como a respeito do acordo nulo: com a decretação da anulação, acordo e transcrição caem, a transmissão portanto se oblitera, o registro *faz-se* incorreto (E - SIBER, *Das Buchrechtsgeschãft,* 63 s.), cabendo a ação dos arts. 595497, ou o efeito mandamental da sentença na ação de anulação. Até a coisa julgada a propósito da anulação, o registro está em ordem e não há

pensar-se em necessária averbação ou inscrição da circunstância da ação pendente (G. PLANa, *Kommentar,* III, 43 cd., 130; sem razão, J. BIERMANN, *Widerspruch und*

Vormerkung, 79). A anulação do acordo não atinge o negócio jurídico causal, nem a desse acarreta a decretação da anulação daquele, ainda que também seja anulável (TE - Kí'r, Rechtswahrnehmung und Reurecht, *Festgabe fúr* R.

ROCH, 112 s.) -A ação de anulação do acordo não é real, nem feipersecutória, de modo que não cabe inscrever-se conforme o arts. 281 do Decreto n. 4.857. O juiz somente pode reconhecer o efeito do art. 281 depois de julgar procedente a ação de anulação e ter transitado em julgado a sua sentença. O terem-se anulado os pedidos não basta; a' ação de pedir a coisa é logicamente posterior àquela.

12.O ACORDO DE TRANSFERÊNCIA É NEGÓCIO JURÍDICO.

O acordo de transmissão da propriedade não é simples ato real, que se teria de pôr na classe dos atos-fatos jurídicos, como a especificação, o descobrimento de tesouro e a composição de obra científica, literária ou artística; nem ato jurídico *stricto sensu,* como a comunicação de ter outorgado procura, ou a constituição de domicílio, e negócio jurídico. Se abstrato, ou causal, discutiu-se, decênios passado~. A afirmativa da abstração impôs-se (G. PLANCK, *Kor)unentar,* III, 43 ed., 180; J. BIERMANN, *Sachenrecht, 4;* L. ROSENEERG, *Sachenrecht,* 176; sem razão, TE -

WoLFF,

Rechtsänderung,

Gruchots

Reitrage,

47,

26).

Negócio,

jurídico,

se

de

adimplemento

(ErfiilluV~gsçie5chiift), ou não, é abstrato; independe da sorte do negócio jurídico causal, inclusive da sua inexistência, ou da sua ineficácia - Ainda que junto, como é de praxe, ao negócio jurídico causal, não se

—concretiza‖; posto que essa concretização seja possível -A nulidade e a anulação do negócio jurídico causal são sem conseqüências para ele, salvo se, pela interpretação, se concebeu como dependente daquele. Contra ser contrato juri-real abstrato foram E. STROHAL (Rechtsiibertragung und Kausalgeschift, .*Tahrbdcher flir die Dogmatik,* 27, 335 s., 426 e 437), Orro WENDT (Rechtssatz und Dogma, *Jahrbiicher fiir die Dogmatik,* 29, 29 s. e 54), W.

KINDEL *(Das Recht an der Sache,* 202 s.) e GnsoN (Einige Bemerkungen, *Archiv fiir Biirgerliches Redil,* II, 63 a.)

- A resolução do negócio jurídico causal não implica, necessariamente, a do negócio jurídico do acordo. A resolução, como a nulidade, ou a anulação ou a rescisão, somente pode dar ensejo a *condictiones,* conforme as regras jurídicas sobre enriquecimento injustificado. O que não pode ser concretizado é a transmissão mesma do imóvel (transcrição), porque essa não é suscetível de condições ou termo suspensivo; salvo se há condição resolutiva ou termo resolutivo (art. 647; *aliter,* no direito alemão, § 925, alínea 23). A concretização do negócio jurídico pela elevação da validade ou da eficácia do negócio jurídico causal a *condicio in praesens colida* não infringe a regra da proibição da condição suspensiva e do termo suspensivo, porque é *ad instar* da transmissão segundo o art. 647. Não há qualquer regra de interpretação que faça supor-se condicionado, tacitamente, à validade, ou à eficácia do negócio jurídico causal, nem à sua existência, o acordo de transmissão

(E. GOLDMANN, Kausal-und Verfúgungsgeschãft, *Gruchots Beitrâge,* 56, 161 s. ; sem razão, L. ENNECCERUS, *Lehrbuch,* 1, 3Q344□a ed., 515; 393, § 189, nota 17, e FE. ANDRÉ, Einfache, zusammengesetze, verbundene Geschãfte, *Festgabe /i~r* L. ENNECCERUS, 17 a.).

13.APRESENTAÇÃO DO TITULO E CONSENTIMENTO À TRANSCRIÇÃO. A apresentação do titulo supõe o *consentimento para a*

transcrição, declaração unilateral receptícia, que há de ser feita por aquele que transmite - Se o acordo de transmissão. não no contém, *ainda que implicitamente,* não se procede à transcrição - Tanto quanto não se cancela, sem o consentimento do que é o prejudicado pelo cancelamento; nem se retifica, sem esse consentimento, ou sem a sentença que mande cancelar, ou retificar - Não se confunde com o acordo de transmissão ou extinção - Se o que havia de consentir acordou em transmitir, mas proibiu a transcrição, a transcrição não se pode fazer; bem assim, se só acordou em transmitir, porque se acreditava já estar transcrito, e isso consta do acordo. O

consentimento para a transcrição, já é disposição, não só a prepara *(aliter,* A. voN TUER, *Der Allgemeine Teu,* II, 153 s.) : já se estabelece a possibilidade do pedido-exigência pelo outro figurante -Se o registro é exato, o seu direito está à mercê de outrem; se o não é, o que o registro inexato lhe atribui é direito, de valor patrimonial, tal como o valor que advém da comparação excelente de MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* ~ 273-823 ed., 87.

No direito brasileiro, o destinatário da declaração unilateral receptícia *é* o oficial do registro, pOsto que a sua instrumentação possa ser pelo tabelião - Só tem eficácia desde o momento em que o oficial do registro o recebe - De modo que a autorização ou assentimento de outrem, que se faça mister, pode chegar até que o oficial do registro o receba, ainda se posterior ao consentimento para a transcrição - Se mais de um consentimento foi dado, o que importa é o primeiro apresentado -

O consentimento para a transcrição é negócio jurídico abstrato, embora possa, e quase sempre resulte de *dever de declarar* (=de consentir). Se o que devia consentir, ou que havia de consentir, pediu a transcrição, consentiu: aí, o pedido-exigência contém, implícito, o consentimento para a transcrição. A sentença que condena o —obrigado a consentir‖ (Código de Processo Civil, art. 1.006) é executiva, com elemento mandamental -

14.MORTE E INCAPACIDADE ANTES DA TRANSCRIÇÃO. A respeito da transcrição convém atender-se a que ela é produtiva de eficácia, razão por que, após o acordo de transmissão e antes dela, não há a titularidade do adquirente - O acordo de transferência opera entre os figurantes, imediatamente, porque tal eficácia ainda não é a eficácia real da transferência. Se falece antes da transcrição o outorgante. nem por isso se deixa de poder transcrever o título (certa, a 13 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 28 de agOsto de 1944, 1?. *dos T.,* 158,

316, *A. J,* 73, 433, mas com imperdoável confusão entre transcrição e acordo de transmissão, revelando ignorar que o temos e crendo que só o tem o direito alemão, quando, para se convencer do contrário, bastaria o relator abrir qualquer formulário de tabelião; Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de abril de 1949, *R. dos T.,* 183, 841) -

15.CESSÃO DE HERANÇA ABERTA E TRANSCRIÇÃO. Se algum herdeiro aliena a quota hereditária ou a herança, tal negócio jurídico sOmente tem eficácia real com a transcrição -A disputa entre precisar transcrever-se, ou não, provém de equívoco - A compra-e-venda do imóvel, sem se tratar de herança, também pode ser transcrita ou não, entendendo-se, para a transcrição, que, além de contrato consensual, está incluído o acordo de transmissão, que é o que se precisa transcrever para efeitos reais - O acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 4 de outubro de 1944, pejado de citações de jurisprudência, deixou de ferir o ponto - Se alguém compra herança e não se procede *à* transcrição, *e - g* -, porque só se comprou (não se lhe transferiu a propriedade, pelo acordo de transmissão), outrem, que compre e obtenha o acordo de transferência e a transcrição, ficará com o direito real, pois a herança aberta é bem imóvel (art. 44, III) . O que antes comprara ou comprara e conseguira acordo de transmissão tem as ações contra o outorgante, mas diante e antes de si está, pela eficácia real que a transcrição produz, o outorgado que se apressou (certa, a 23 Turma do Supremo Tribunal Federal, 3 de novembro de 1944, *R. dos T.,* 157, 867, *R. de C. J.,* 40, 170, relator ORosniBo NONATO) - Não tem qualquer significação dizer-se que a cessão de direito à sucessão aberta está sujeita a registro *(e.* g., L~ Turma, 25 de outubro de 1948, li. *F.,* 122, 134) ; ou que não no está (53

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de novembro de 1932, *R. dos T,* 86, 294). O que se tem de enunciar é que a cessão do direito à herança aberta pode.ser registrada e, para ter efeitos reais quanto a bens imóveis, ou não, precisa ser registrada. O Tribunal de Justiça de Alagoas, a 11 de julho de 1930 *(A. J,* 15, 415), disse, certa vez, com todo o acerto:

—O Código Civil dispõe, de forma tão expressiva, quer no artigo 530, sobre a aquisição da propriedade imóvel —pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel‖, quer no art. 531, sujeitando —à transcrição, no respectivo registro, os títulos transitivos da propriedade imóvel, por ato entre vivos‖, que não pode haver mais dúvida a respeito do efeito da transcrição. Máxime, ainda e principalmente, quando dispõe no artigo 553 que —os fatos sujeitos à

transcrição não transferem o domínio senão da data em que se transcreverem‖, chegando à extrema clareza do arts. 869, parágrafo único, que diz —enquanto se não transcrever o titulo de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel, e responde pelos seus encargos‖ - Liquidou assim o Código Civil a controvérsia existente antes dele a respeito dos efeitos da transcrição‖ (cf. 13 Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 9 de agosto de 1945, *R. de J. B.,* 77, 209). Por simples curiosidade, consignemos que alguns julgados entenderam, absurdamente, que se não pode transcrever a cessão de direitos à herança aberta *(e.* g., 2.‘ Câmara do Tribunal de Justiça de são Paulo, 27 de fevereiro de 1931, *R. dos T.,* 78, 245, e 8 de maio de 1931, 79, 110), e outros, que a transferência se dá sem se precisar de transcrição (53 Câmara Civil da COrte de Apelação de são Paulo, 22 de julho de 1936, E. *dos 1*‟*.,* 103, 542), o que importaria em se riscarem os arts. 44, III, 530, 1, 531 e 533.

A 3.‘ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 1.0 de abril de 1940 *(A. J.,* 55, 62), confundiu transferência do direito à herança aberta, que é bem imóvel, por si (art - 44, III), e transferência de determinado imóvel que foi partilhado - A situação do cessionário do direito à herança aberta, antes da transcrição, não é, de modo nenhum, igual à dos outros herdeiros, ou à que seria, se não houvesse cedido, a do herdeiro cedente; após a transcrição, é *perfeitamente* igual. Se é preciso transcreverem-se a partilha para eficácia quanto ao imóvel que veio a tocar ao cessionário, dá-se o mesmo com a partilha em que se põe no quinhão do herdeiro algum imóvel - É preciso raciocinar-Se com os princípios.

§ 1.245. E) A apresentação do título

1.NATUREZA DA APRESENTAÇÃO DO TITULO. A apresentação de títulos A) e B), ou só do titulo AH), é *pedido-exigência,* já no plano do direito público, para que o oficial transcreva o que o interessado apresenta. O

oficial toma no Protocolo a data da apresentação e o número de ordem, que ela recebe, repetindo-o no titulo, ou, se A) e B) estio separados, nos títulos. O Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arte. 200 e 210, fala de título, porque é *id quod plerumque fit,* devido à praxe de se inserir na escritura o *acordo de transmissão* (de direito das coisas), de modo que título são A) e B), ou somente AH).

Além do acordo, há a apresentação ou exibição do título. —O

Registro‖, diz o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, arts. 210, —será feito pela simples exibição do título, sem dependência de extratos‖. Esse titulo é o do negócio jurídico obrigacional *mais* o do acordo, ou só o do acordo, que é *necessário,* salvo se é a lei mesma que o exclui *(e.*

g, sucessão *causa mortis).* O acordo é seguido pela exibição, que é *pedido-exigência,* já no plano do direito público (relação entre o interessado e o Estado) ; de modo que seria grave erro tomar-se essa manifestação de vontade (pedido-exigência, como exibição) pelo acordo, que a antecedeu.

2.NULIDADE DO ACORDO E TRANSCRIÇÃO. Sendo nulo o acordo, que é o titulo, não se faz a transcrição - Se o acordo está na escritura do negócio jurídico causal e é separável, não se pode dar por nulo àquele porque esse o seja: A tradição da praxe é no sentido de estarem juntos negócio jurídico causal e acordo; por isso MIGUEL DE

REINOSO *(Obseriatiôttes Practiaz-e,* 69: ----- titulus ex contractu nuílo habetur pro nou titulo, et perinde est acti nuíla causa vel titulus intervenisset‖; onde refere julgado de 1621) e MANUEL ÁLVARES PEGAS *(Resolu tiones Forenses,* 1, 419: —Paria enim sunt titulum non habere, vel habere, sed nuílum‖) não aludiam a acordo, ou a negócio jurídico causal. Aliás, MANUEL .ÂLVARES PEGAS viu bem a razão de se apreciar a nulidade (—quid nuilitatis vitium ad tertios possessores extenditur').

A enumeração do art. 239 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, tirada do art. 236 do Decreto n. 370, de 2

de maio de 1890, que, por sua vez, a houve do art. 259 do Decreto n. 3.453, de 26 de abril de 1865, é de contratos em que se costuma inserir ou é de lei inserir-se o acordo; por conseguinte, se lhes falta o acordo de transmissão, ou são apenas título de obrigação, e não de obrigação e transmissão, ou são promessas de doação (arte. 1.166 e 1.168, parágrafo único; arts. 1.122, *verbis* —pelo contrato de compra-e-venda, um dos contraentes se obriga a ...—; arts.

1165, *verbis* —contrato. em que uma pessoa, por liberalidade, transfere ...—.

8.PROVOCAÇÃO DA TRANSCRIÇÃO E EXERCíCIO DE PRETENSÃO À TRANSCRIÇÃO. A petição ou provocação da transcrição não é pressuposto *materiaL* da mudança jurídica, é exercício de pretensão à

transcrição, declaração de vontade recepticia, ato processual, que, de si só, é sem efeitos de direito material cf. H. SIBER, *Das Buchrecktsgeschiift,* 9 s.; W. TUBNAIJK. FORSTER, *Das Liegenschattsrecht,* II, 100).

4.ÔNUS DA PROVA DA EXISTÊNCIA DO ACORDO E DO CONSENTIMENTO À TRANSCRIÇÃO. Quem apresenta o titulo e pede a transcrição tem de provar que houve o acordo, se é necessário, e o consentimento para a transcrição; se o apresentante é o alienante a titulo gratuito, tem de produzir a prova do *consentimento do beneficiado,* para a transcrição (art - 233, parágrafo único) - Veem-se, aí, distintos, o ato de apresentação, contendo o pedido, o consentimento implícito do alienante e o consentimento necessariamente explícito do beneficiado (ainda que pelo silêncio, *e. g.,* art. 1.166, 23 parte).

5.ANTES DA TRANSCRIÇÃO, SITUAÇÃO JURÍDICA DO ALIENANTE. Até a transcrição, o alienante é dono do imóvel, podendo fazer acordo de transmissão, ou aliená-lo a outrem, ou constituir direitos reais. Fica o imóvel sujeito às dividas cobráveis do alienante; e a esse competem as ações, inclusive a ação de reivindicação. O

adquirente, antes da transcrição, não pode dispor do imóvel, nem constituir sobre ele direitos reais, nem lhe cabem as ações de domínio, inclusive a de reivindicação. A sua situação é como a do comprador de bens móveis antes da tradição - Nada lhe é dado contra as ações reais e as constrições (penhoras, arrestos, seqüestros), que partam de terceiros ou do próprio alienante. Se já tem esse, pode exercer as ações do possuidor, inclusive os embargos de terceiro. Em todo o caso, esse outorgado, que ainda não adquiriu, não é mero credor, se houve o acordo de transmissão e pode promover a transcrição. Desde a data em que a promove e obtém a protocolização, o bem imóvel é seu, O negócio jurídico do acordo investe-o de tal poder.

Todavia, a eficácia mesma da transcrição é *desde* a data da protocolização, mas depende do bom êxito do pedido-

-exigência - Se houve protocolização e se não procedeu à transcrição, ou porque se retirou a provocação (pedido-exigência), ou porque foi denegada, a eficácia é nenhuma; se foi feita a transcrição, a eficácia é desde a data em que se protocolizou o pedido.

Processualmente, desde a protocolização o adquirente é legitimado nas ações em que sujeito ativo ou sujeito passivo o alienante - Antes

da protocolização, pode apresentar-se como assistente segundo o art. 98 do Código de Processo Civil. Se, afinal, não se opera a transcrição, a entrada no processo como litisconsorte, ou como assistente, fica sem efeito, desde o trânsito em julgado da sentença que julgou procedente a dívida da União, ou que determinou não se transcrever.

6.ALIENAÇÃO A DUAS OU MAIS PESSOAS. Se o imóvel tiver sido alienado a duas ou mais pessoas, sucessivamente, o primeiro outorgado que apresente o título para a transcrição terá direito *à prenotação* (Decreto n.

4.857, arts. 208 e 216) e à *transcrição.* Discutiu-se se é pressuposto necessário a boa fé do outorgado. Segundo os princípios, esse outorgado pode ter conhecido, ou não, a precedente ou precedentes alienações: o oficial público tem de ser indiferente a tudo que se passou, fora do registro, se o título, em si-mesmo, é hábil para o registro.

O anterior ou anteriores outorgados são meros credores do outorgante. Não influi na validade da transcrição, nem, sequer, na legitimação a ela o ter o posterior outorgado, que primeiro apresenta o título, conhecido os negócios jurídicos precedentes (M - voN STUBENRAUCH, *Konnnentar,* 1, 6,~ ed -, 817; A - RANDA, *Das Eigentumsrecht,* 1, 23 ed., 399 e 543; A. EHRENzwEIG, *Sachenrecht,* 121 e 259). No direito austríaco, introduziu-se a doutrina de que, se o primeiro ou segundos precedentes outorgados recebe a posse do imóvel, pode ir contra a reivindicação pelo outorgado posterior que obteve a transcrição (lá, inscrição) com *exceptio do li.* Compreende-se que até aí se tenha ido, porque o direito austríaco atribui eficácia, em direito de propriedade imobiliária, à tradição - No direito brasileiro, seria exótica tal solução, que lembra a propriedade bonitária romana, com a respectiva ação publiciana (cf. A - RANDA, *Das Eigentumsrecht,* ~, 23 ed -, 291) - Aliás, a exigência de ter havido dolo, que se faz no direito austríaco, para se poder atacar a reivindicação, bem mostra que não se está no plano em que se poderia discutir a boa ou má fé (a despeito de certa jurisprudência que admitiu a *exceptio doU* ainda sem dolo, cf. A. EHRENZWEIO, *Sacheflrecht,* 262, mau exemplo imitado pela Cassação de Roma, *e. g., a* 3 de setembro de 1936 e 12 de agOsto de 1942, quanto às novas províncias venezianas submetidas ao sistema registrário austríaco). Não há, no direito brasileiro, tal exceção de dolo, na ação de reivindicação, contra o possuidor outorgado postenor da propriedade, a favor do precedente ou dos precedentes outorgados –

§ 1.246. O ato transcricional

1.NATUREZA DO ATO TRANSCRICIONAL. O ato transcricional é ato jurídico estatal, de direito público, pOsto que se faça para eficácia no plano do direito privado. Ao oficial e ao próprio juiz não se permite produzir prova, de oficio; porém não pode deixar de atender a fatos que sejam notórios, ou de que tenha ciência *(e.* g, morte daquele a que se atribui a escritura, casamento e, pois, necessidade da outorga uxória, para alienação de bens imóveis comuns) Satisfeitos os pressupostos necessários à transcrição, tem-se de proceder a ela, como *prestação estatal, administrativo-jurisdicional.*

O oficial do registro de imóveis não representa os interessados no registro, qualquer que seja. Como o oficial de justiça que cumpre o mandato de arresto, ou de seqüestro, ou de penhora, ou outro ato constritivo, não representa o credor.

2.PRETENSÃO AO REGISTRO E LEGITIMAÇÃO ATIVA. Tem *pretensão ao registro* e, pois, são *legitimados à petição* todas as pessoas imediatamente interessadas na transcrição, quer aquela a que a transcrição prejudica, quer aquela a que ela aproveite.

O Decreto n. 4.857, art. 233, diz que —o registro será promovido por qualquer interessado, constante dos títulos apresentados, seus sucessores ou representantes‖. No parágrafo único, acrescenta-se que, —nos atos a título gratuito‖, pode promove-lo o transferente, em pedido —acompanhado da prova de aceitação do beneficiado‖.

Entre o interessado ou os interessados, que pedem a transcrição, estabelece-se *relação juridica processual,* em que o Estado, pelo oficial, ou pelo juiz, presta o que prometeu - O pedido--exigência é como a petição no juízo cível: com a apresentação do titulo, ou dos títulos, começa a relação, que é de ordem administrativo-judicial; não é preciso que se faça expressa-mente o pedido ; desde que se dá a apresentação, o pedido está implícito. Em todo o caso, a apresentação tem de ser feita pelo legitimado a pedir a transcrição; ainda que se haja redigido, expressamente, o pedido, acompanhado dos documentos, só se instaura a relação jurídica se o legitimado o fez, O legitimado, por si ou por seu órgão, ou seu representante.

Casos há em que o interessado mediato pode pedir, tais como o credor de herdeiro, ou legatário, a favor de quem ainda se não procedeu à transcrição, para obter penhora do bem imóvel, ou do adquirente

entre vivos, se esse já podia pedir a transcrição. O despachante que foi encarregado de pagar o impOsto de transmissão de propriedade, e o tabelião, que lavrou a escritura de acordo de transmissão, são, por presunção *juris tantum,* autorizados a fazê-lo, indicando o nome do interessado a que representa.

3.CONFUSõES A SEREM EVITADAS. É equivoco falar-se de transcrição, aludindo-se ao acordo, ao consentimento para a transcrição e ao ato estatal da transcrição, que é a prestação prometida pelo Estado, através do oficial do registro ou do juiz, a quem se apresenta o pedido, com o título para a transcrição. Não há discutir-se, por exemplo, se é preciso a capacidade do alienante ou se o é a do adquirente para o ato da transcrição. 0 ato da transcrição é ato do Estacto, e não de qualquer deles -Para o ato, o que se exige é a competência do oficial ou do juiz, e não de quem promoveu a transcrição. Quanto a esse, o que importa é saber-se se é preciso ser capaz para a promoção, que é o ato de pedir a transcrição, o pedido-exigência.

Por outro lado, de nulidade da transcrição, em si-mesma, somente se há de falar quando se haja deixado de observar alguma exigência da lei, dirigida ao oficial - São tais as de se declararem na transição: a) o número de ordem e o da anterior transcrição; *b) a* data; o) a circunscrição judiciária ou administrativa em que é situado o imóvel, conforme o critério adota, do pela legislação local; *d)* a denominação do imóvel, se rural, e a rua e número, se urbano; *e)* as características e confrontações do imóvel; 1) o nome, domicílio, profissão, estado e residência do adquirente; g) o nome, domicílio, estado e profissão do transmitente; k) a forma do título, data e nome do tabelião, ou do juiz, ou do escrivão, *salvo se trata de instrumento particular; i)* o titulo de transmissão; *1)* o valor do negócio jurídico; *k)* as determinações mexas e anexas (—condição do contrato, com todas as cláusulas adjectas que possam afetar a terceiros e de necessária publicidade‖). Cf. Decretos n. 5-318, de 29 de fevereiro de 1940, art. 1.0, e 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 247 (Decreto n. 3453, de 26 de abril de 1865, art. 269; Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 245).

As regras jurídicas dos incisos *a.), b)* e *d),* são apenas *ordinatórias,* pois o número de ordem é o que consta do Protocolo, bem assim a data, iniciadora da eficácia, e o nome ou a menção da rua e número não faz falta, uma vez que é essencial inserir-se as características e confrontações (Decreto n. 370, art. 258:

—São radicalmente nulas as transcrições que não contiverem os

requisitos dos arts. 245 e 246, com exceção dos §§

1.0, 2.0 e 4,0 dos mesmos artigos‖; cf. Decreto n. 3.453, art. 269) -

As nulidades não podem ser relevadas, ainda quando os extratos tenham sido suficientes, isto é, ainda quando não sejam omissos (Decreto n. 370, art. 254; Decreto n. 1.453, art. 279) -Nem, terminada a transcrição, pode o oficial reparar as nulidades que ocorreram (Decreto n. 370, art. 255, 1.~ parte; Decreto n. 3.453, art. 280, 1.2 parte) - Todas são de fácil verificação por simples inspeção; e a técnica legislativa havia de as tratar como nulidades, e não como casos de anulabilidade - *Tais nulidades podem ser decretadas pelos juizes,* independentemente de ação. Não era esse o direito de 1874 e 1875 (Decreto n. 3.453, ad - 105; LAFAIETE RODRICUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 151) ; mas o Decreto n. 370 acrescentou, como parágrafo único, ao arts. 103: —Às nulidades de pleno direito e não dependentes de ação, uma vez provadas, invalidam o registro, ainda que este não se tenha cancelado‖ (Decreto n.

4.857, artigo 229: —As nulidades de pleno direito, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta‖). Em termos mais técnicos: a transcrição mesma é nula, se houve infração das regras jurídicas cogentes sobre o que há de conter a transcrição, isto é, segundo os incisos *c), e),* até *k).*

Tais nulidades podem ser alegadas por quem quer que seja, inclusive o alienante e o adquirente, os credores, ou adquirente posterior, uma vez que tenha interesse em nas alegar. (Decreto n. 370, art. 255, 2.~ parte; Decreto n.

3.453, art. 280) -

4.ATO TRANSCRICIONAL, ATO FORMAL. O ato transcricional é formal; a infração da regra jurídica de forma torna-o *nulo.* A exigência da vontade do que é legitimado à alienação evita a contradição do ato transcricional com o livro fundiário -Por outro lado, não há totaL auto-regramento privado na determinação do conteúdo do ato transcricional *(e. g.,* excluem-se condições suspensivas e termos iniciais). Observe-se, porém, que, para o ato transcricional, as —declarações de vontade‖ da transferência (A transfere, desde já, a propriedade; e B aceita) são apenas *pressupostos formais* do ato transcricional. Em si, essas declarações são o acordo, o negócio jurídico bilateral (KARL STEMMER, *Ist die Âuflassung em Rechtsgeschdft?,* 42) -_Contra essa concepção, argumenta ERNST

BRUCI(*(Die Einigung zm Sachenrecht,* 14) que o acordo, por si só, não surte efeitos e, pois, não é negócio jurídico (também, M - E - ECCIUS, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht, *Gruchots Beiträge, 47,* 51 s.) : o acordo, o —A transmite e B aceita‖ não seria verdadeiro negócio jurídico entre vivos, porque antes da *entrega* e da *transcrição* não tem efeitos; por ele não se cumpre a obrigação que o contrato de compra-e-venda, ou de:troca, ou outro criou; apenas se diz, com o —eu transmito e você aceita‖, que, com a tradição do bem móvel ou a transcrição do bem imóvel, se transferirá a propriedade; não há, sequer, pensar-se em tradição ou transcrição condicional, de modo que as duas declarações de vontade são pressupostos da transmissão de propriedade, quando se der a transcrição - A transcrição seria elemento necessário à perfeição do negócio jurídico juri-real *(dinglicher Vertrag)* -

Ora, a transcrição apenas é elemento necessário à *eficácia real.* A transcrição não‘ é elemento do suporte fático do acordo (contra, KAaL STEMMER, *Ist die .4uflassung em Rechtsgeschttft?,* 45) ; é ato estatal, excluídas certas determinações, *e. g,* a condição e o termo. É impraticável a formação sucessiva no acordo (transfiro; você, mais tarde, aceita, ou não), salvo em oferta e aceitação posterior -

5. TRANSCRIÇÕES INEXISTENTES. A transcrição. feita por oficial que não seja o do registro de imóveis é *inexistente;* a transcrição feita por oficial a que, pela situação do imóvel, não havia de competir o registro, é *nula-Essa nulidade é a da transcrição mesma e não depende de ação cuja sentença a desconstitua. Qualquer juiz pode decretá-la. A eficácia da decisão é antes mesmo do cancelamento; de modo que o artigo 103 parágrafo único, do Decreto n. 370 (Decreto n. 4.857, art. 229) é exceção ao art. 103 (Decreto n. 4.857, arts. 293:*

—O registro, enquanto não fOr cancelado, produzirá todos os seus efeitos legais, ainda que por outra maneira se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido‖.

6.REGISTRO POR EXTRATO E REGISTRO POR INTEIRO TEOR.

O registro é por extrato, salvo se o interessado, e não só o promovente, pede que seja do inteiro teor. É o que se lê no art- 213 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939: —Todas as transcrições e inscrições serão feitas por extrato, salvo se a parte pedir que o registro se faça por extenso, no livro auxiliar, sem prejuízo daquelas, e

com anotações recíprocas‖ -A transcrição por extrato já nos vem da Lei n. 1.287, de 24 de setembro de 1864, art. 89, § 1.0: —A transcrição será por extrato‖. Ao que acrescentava o § 8.0: —Quando as partes quiserem a transcrição dos seus títulos *verbo ad verbum,* esta se fará em livros auxiliares, aos quais será remissivo o dos extratos, porém nesse, e não naqueles, é que se apontarão ascessões e quaisquer inscrições e ocorrências‖ (Decreto número 3.453, de 26 de abril de 1865, arts. 273 e 32; Decreto número 870, de 2 de maio de 1890, arts. 247, 248 e 29). O oficial não pode recusar a transcrição *verbo ad verbnm,* salvo se recusa a transcrição por extrato.

7.ACORDO, CONSENTIMENTO PARA A TRANSCRIÇÃO E PEDIDO DE TRANSCRIÇÃO. O pedido, que se faz ao oficial, leva em si, como *res deducta,* o *consentimento para a transcrição* Quase sempre, o *acordo* contém o consentimento para a transcrição *(Eintra.gungsbewilligltflg)*. Dai a confusão em que incorrem alguns juristas *(e. g.,* D. STÕvER, Ist die Einigung im Sachenrecht des BGB - em Rechtsgeschãft?, *Ãrchiv flir Biirgerliche8 Recht,* 26, 189) e a jurisprudência alemã. Mas, para se ver a diferença, basta atender-se a que, *feito o acordo,* pode o transmitente pedir a notificação do oficial para que não proceda à transcrição: o outro interessado não fica privado de pedir a transcrição, apenas essa não se faz até que se decida, no juízo competente, sobre a dúvida quanto ao acordo.

O consentimento para a transcrição é imediata e concludentemente dirigido à constituição da transcrição, se bem que possa constar da escritura do negócio jurídico causal, ao lado do acordo, ou da escritura desse - Não há expressões especiais

para ele, mas é de exigir-se que aluda à transcrição, ainda como simples meio para se levar a bom termo o acordo -

Assim, se da escritura consta que foi negada a transcrição a favor do alienante, ou ainda não foi obtida, não se há de interpretar que se consentiu na transcrição: transmitiu-se a propriedade usucapida, por exemplo, sem haver ainda sentença de usucapião - Se o consentimento para a transcrição não está contido no escrito do acordo, por explícita ou implícita exclusão, tem de ser dado por escritura pública, ou por termo nos autos, perante o juízo da transação, ou acordo, ou perante o juízo do registro, se com a alegação da falta subiu a dúvida do oficial.

8.CONDIÇÃO OU TERMOE PEDIDO-EXIGÉNCIA. O pedido-exigência não é suscetível de termo, nem de condição. A *resalva* de poder ser

retirado é *condicio inris,* e não verdadeira reserva, nem, tão-pouco, condição resolutiva potestativa. Todo pedido de transcrição é retirável a qualquer momento, até que se faça a transcrição: a desistência é livre; e renovável o pedido. Não constitui condição indevidamente aposta ao pedido a condição de só se proceder à transcrição de B se A o foi, ou de C se A o não foi, porque, ai, há exercício do direito de desistir, se bem que sob a forma de condição a um dos pedidos, ou de condição recíproca - (A transcrição mesma não pode ser condicionada; *e.* g., só ter efeito A se B, ou vice-versa, fOr mantida, ou deixar de ter efeito A se B fOr mantida, ou vice-versa .

9.PROTOCOLIZAÇÃO. A protocolização tem por fito excluir que se transcreva o pedido posterior antes de ser despachado o que antes se fez. Algumas Vezes, a transcrição do pedido posterior fica prejudicado, como se houve duas escrituras públicas da alienação do mesmo bem imóvel - Se as apresentações foram em dias diferentes, não importa a data das escrituras: primeiro há de ser transcrita a que primeiro foi apresentada (Decreto n. 4.857, art. 208, 2.8 parte) - Se foram apresentadas no mesmo dia, primeiro se atende à de lavratura mais antiga (Decreto n. 4.857, art. 208, 1.8 parte). Se forem do mesmo dia e contiverem referência à hora, primeiro se atende à que primeiro foi lavrada, se apresentadas no mesmo dia (arg. ao art. 209) ; se sem referência à hora, a que foi apresentada, depois, no mesmo dia, só se transcreve no dia imediato à transcrição da que primeiro se lavrou, se cabe transcrever-se -

10.INCAPACIDADE SUPERVENIENTE Á PROTOCOLIZAÇÃO. Depois da protocolização, qualquer falta da capacidade de dispor, superveniente ao acordo ou à renúncia, é inoperante -Nenhuma ineficácia advém - Dá-se o mesmo quanto à morte do disponente - O princípio apanha qualquer limitação à capacidade de dispor, seja fundada nas regras jurídicas da Parte Geral, seja fundada em regras de direito de família, de direito das coisas, das sucessões, ou de direito público. Não apanha a incapacidade civil (negocial), que só se apura ao tempo da emissão da declaração de abdicação (transmissão ou renúncia), nem o poder de representação, que é ligado ao tempo do acordo ou da eficácia da declaração unilateral de renúncia - O principio, de que se trata, a respeito da capacidade de dispor, só se refere *à* disposição *negocial.* (Para a disposição pelo Estado, na execução forçada, só é de admitir-se a atingibilidade se anterior à protocolização a restrição do poder de dispor.) Não importa se o pedido-exigência foi feito pelo disponente ou por outro interessado. De acordo com o *principio da legalidade,* o Decreto n. 4.857, art -

215, estatui: —Tomada a nota de apresentação e conferido o número de ordem, em conformidade com o art - 200, 6

oficial verificará a legalidade e a validade do título, procedendo ao seu registro, se o mesmo estiver em conformidade com a lei‖. Validade, ai, é apenas à não-nulidade; quanto às anulabilidades e quanto às nulidades só decretáveis em ação, não as pode apreciar o oficial. Legalidade é a conformidade com a lei, Ainda quando a sanção não seja a nulidade.

A regra é a recusa do registro, pelo oficial, ou pelo juiz, se há ilegalidade, ou nulidade (não dependente de ação) -

Todavia, se há omissão de documento, ou de formalidade, ou defeito material de traslado ou certidão, ou deficiência ou falta de sê-lo ou outro tributo, ou outro obstáculo à transcrição, que facilmente possa ser removido, a denegação seria rigor desmedido. A técnica legislativa tinha diante de si três soluções: *a)* ou deixar ao apresentante preencher a formalidade, ou corrigir a ilegalidade; ou *b)* dar ao oficial, eventualmente ao juiz, o *dever* de exigir que satisfizesse, dentro de prazo razoável, a exigência; ou *c)* dar-lhe arbítrio para conceder o prazo. A primeira solução tem por si que o apresentante poderia, a todo tempo, renovar o pedido. Contra si, que entre o primeiro pedido e o segundo se interporiam outros pedidos ou poderiam interpor-se, perdendo o apresentante o número de ordem - A favor da segunda solução há o argumento de que a sanabilidade contraindica que se denegue a transcrição, se sanável o que se aponta, e ao mesmo tempo exclui o puro arbítrio do oficial, ou, eventualmente, do juiz, no apreciar a falta ou defeito - A terceira solução excluiria a pretensão do apresentante à tutela jurídica, *em tais casos:* dependeria do oficial, ou, eventualmente, do juiz, a conservação ou perda do número de ordem pelo apresentante. não se há de interpretar o artigo 215, § 1.0, como se houvesse adotado a solução *c)* - Se é certo que lá se diz poder o oficial exigir a satisfação de certas formalidades ou preenchimentos (art. 215, § l.~, *verbie* —podendo exigir‖), o que levaria a crer-se em arbítrio puro, a 2. parte do art. 215, § 19, exclui pensar-se nisso: ainda que o oficia! denegue o prazo, ou o fixe de modo que o apresentante não possa satisfazer, dentro dele, a exigência, o ato do oficial sobe a exame do juiz, como *em vida* A verificação da legalidade e da validade faz-se no prazo improrrogável de cinco dias; se há infringência, ou falta de observância da lei, que possa, em tempo, ser corrigida, o oficial pode exigir que o apresentante o corrija, fixando-lhe prazo razoável. Se o apresentante não se conforma com a exigência do oficial, ou não pode satisfazê-la, o título, com a declaração de apresentação, se foi explicita, e a exposição da dúvida do oficial, são

remetidos ao juiz, para que decida. Na fixação do prazo razoável, tem o oficial de atender às circunstâncias, de modo a não impedir ou dificultar a satisfação da exigência - Tal prazo não é improrrogável (Decreto n. 4.857, art.

215, § 19: —O oficial fará essa verificação no prazo improrrogável de cinco dias, e poderá exigir que o apresentante ponha o documento em conformidade com a lei, concedendo-lhe, para isso, prazo razoável. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não podendo satisfazê-la, será o título, com a declaração da dúvida, remetido ao juiz competente para decidi-la‖) - O prazo avel é fruto da jurisprudência da Prússia e cedo passou a nosso direito escrito - .1 protocolização já se procedeu quando a dúvida surge - Aliás, mais há dissídio entre o apresentante e o oficial, do que dúvida, porque o legislador teve receio de tratar a resolução do oficial como decisão, se com ela não se conformou o apresentante. O caso sobe ao juiz e —no proto-, colo averbará o oficial, em resumo, as razoes da dúvida, e declarará, no termo de encerramento diário, o número de linhas deixadas em branco para consignar a decisão do juiz, a respeito de cada titulo impugnado‖ (art. 215, § 29) - Se antes de se proceder à transcrição, outro pedido surge, que se refira ao mesmo bem, no pedido (ou no titulo, no caso de simples apresentação material) se anota que outro, antes, foi feito.

§ 1.247. Natureza do acordo e da transcrição

1.NEGÓCIo JURÍDICO DE DUPLO CONTEÚDO. O acordo e a transcrição fazem, juntos, negócio jurídico *mais* eficácia real. Mas, se a eficácia é só após a transcrição, ou se há algo desde antes, é questão que precisa ser apurada devidamente. Com o responder-se que o acordo e a transcrição fazem negócio jurídico, por certo que se tem a transcrição como elemento do suporte fático, e só da eficácia. Se a transcrição somente é elemento da eficácia, como é, para o testamento, negócio jurídico perfeito *e ainda ineficaz,* a morte do testador, que o faz eficaz, então não há pensar-se em negócio jurídico em que esteja *dentro* a transcrição. Não estaria *dentro,* mas *fora* do negócio jurídico.

Se a transcrição está dentro do negócio jurídico, ou esse negócio jurídico é unitário (=o acordo, só, não seria negócio jurídico, ERNST BRUCK, *Die Einigung im Sachenrecht,* 14; M. E - EccIus, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht, *Gruchots Beitrdge,* 47, 51 s.; só produz efeitos preliminares, H. SIBER, *Das BuchrechtsgescMft,* 102

s., 122 5.; A. VON TUER, *Der Aligemeine Teu,* II, 221), ou há dois negócios jurídicos formando outro - A discussão é de toda a importância.

2.ACORDO E TRANSCRIÇÃO. A opinião (A), de que antes falamos *(§* 1.242, 2), ou acentua a distinção entre o acordo e a transcrição, de modo que aquele seria obrigacional, e‘ não juri-real, produzindo a pretensão a obter o *consentimento a discrição* (H - OEERNECK, *Das Reichsgrundbuchrecht,* , 4. edi, 330; E. Fuons, *Gruredbegriff des Sachenreckts,* 161 &; F. ENDEMANN, *Uhrbuch,* II, 1, 38..98 «1., 109 sã; ou se tem o acordo como condicionado, o que seria erro, pois a transcrição não, é condição, e sim elemento essencial ao efeito real -O argumento, a favor de (A), de estarem separados, de regra, o acordo *(e. g.,* inserto no fim da escritura de compra-e-venda) e a transcrição, nada prova: trata-se de simples separação espacial e temporal. As opiniões (B) e (O) tem o *acordo* e a *transcrição* como um só negócio jurídico, porém aquela faz dependente da transcrição toda a eficácia, e essa, somente a da transmissão mesma. Dizer-se que o acordo é contrato *se* e *quando* se lhe segue a transcrição, ou *a)* significa que o ato estatal da transcrição completa o suporte fático, de modo que em verdade o contrato é formado pelo conteúdo volitivo do acordo mais a transcrição (K. FõEsna, Einzelne Betrachtungen úber die dingliche Einigung, *Das Recht,* VII, 54; WILUTZKY, Die Verfftgung des BGB., *Arckú, fiár Bitruerliches Reckt,* 28, 643), ou b) que é negócio jurídico de per si, sendo a transcrição somente indenegável ato estatal de realização (O.VON GIERKE, *)Jbeutsekes Privatrecht,* II, 314, nota 38: —nur eine nicht versagbare staatliche Vollzugshandlung‖), ou e) que a transcrição não é elemento do negócio jurídico do acordo, mas suporte fático (Tatbestand) para tornar real o direito, operando como condição (E - Fuens, *Grundbuchrecht,* 1, 41 e 61), ou e) como pressuposto de eficácia (D. STÔVER, Ist die Einigung im Sachenrecht des BGB em Rechtsgeschãft?, *Árchiv fUr RUrgerliches Recht,* 26, 149) - Acordo e transcrição são atos jurídicos distintos.

A discussão sobre se a transcrição é, ou não, ato estatal, porque só se faz a pedido dos interessados, é ociosa: o ato não deixa de ser estatal porque particulares o provocam (sem razão, pois, F. KRETZSCHMAE, *Das Sachenrecht,* 52) - Por outro lado, o ser ato do oficial não tira à transcrição o ser fato que vem dar eficácia ao acordo. Não se trata de condição, mas de evento, como o é a morte do testador: o negócio jurídico do acordo não está suspenso, como o testamento também não estaria. Ora, se a transcrição, ato estatal, opera como evento, não se pode pensar em negócio jurídico em cujo suporte fático ela esteja: o

que é negócio jurídico já se perfez.

3.PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS DA TRANSMISSÃO. O *acordo* e a *transcrição* são elementos igualmente indispensáveis da modificação da propriedade, especialmente da transmissão. O acordo é negócio jurídico bilateral; a transcrição, ato estatal - Para L. ROSENBERG *(Sachenreckt,* 174), acordo e transcrição formam, juntos, o negócio jurídico juri-real. Porém essa opinião tenta apagar a existência à parte do acordo -A transcrição é essencial à eficácia real, o que não é toda a eficácia do acordo. Se o acordo só ocorre depois da transcrição, somente da data desse se firmam os efeitos reais (cf. ~-_- 110-SENBERO, *Sachenrecht,* 170; O. WALRNEYER, *Komrn.enuir,* II, 26). A exigência de vir antes o acordo é só de regra jurídica ordinária. O acordo, por si, é negócio jurídico bilateral.

Negócio jurídico abstrato. Independe da existência e da eficácia do negócio jurídico obrigacional, de que seja negócio de adimplemento ou execução *(Er$llungsgesckãft)* - Se fez *concreto,* é outra questão: fez-se, por isso, dependente; a sua abstração desaparece - Afirmar-se que o acordo, só por si, não tem eficácia é apagar-lhe o efeito vinculativo. O que ele não tem é o efeito real, nem o de criar ação real à transmissão, nem o de *pretensão* obrigacional (não se pode obrigar à transmissão) - O efeito do *acordo* é semelhante ao da oferta vinculante (artigo 1.080): não pode ser revogado. É, pois, de si só, negócio jurídico, que, junto a outro, perfaz o fato jurídico de segundo grau, que é o conjunto acordo-transcrição. For isso mesmo, a vinculação (não se confunda com a criação de

—obrigação‖) é efeito do acordo, e não efeito preliminar do conjunto acordo

-transcrição. O acordo é de direito das coisas, e não de direito das obrigações; porém, a despeito de pertencer ao direito das coisas, não é ato de disposição, mas preparatório de ato de disposição. Algumas conseqüências: a) a revogação, pelo vinculado, é ineficaz: o acordo é irrevogável; *b)* o *contrarias consensus* (novo contrato com sinal *~)* pode suprimi-lo, enquanto não se efetua a transcrição (não confundir com a retirada do pedido de transcrição, que deixa de pé o acordo; G - PLANCK-STRECI(ER, *Komrrtentar, ~ 4Y* ed -, 125; L. RoSENBERG, *Sathenrecht,* 200); o) o vinculado pode transmitir a terceiro o direito real, uma vez que ainda é dono dele (MARTIN WOLFF, *Lehrbuck,* III, 27.~-32.~ ed., 106) ; *d)* o acordo vinculante não pode ser base de pedido de indenização por inadimplemento *(aliter,* o negócio jurídico causal, *e. g.,* compra-e-venda), pois o adquirente tem legitimação, de

regra, por ele, para pedir a transcrição (art. 233) e a ação de indenização seria por ofensa ao direito formativo; *e)* fundado no negócio jurídico causal, o alienante pode pedir, não a resolução do acordo, e sim a devolução dos documentos, afim de impedir a transcrição, pela *condictio indebiti* (afaste-se pensar-se em *condictio ah causam datorum,* bem como em medida preventiva a favor do alienante contra o comprador, o que levaria a *restrição relativa à. aquisição,* novidade inaceitável do *Reichsgericht* alemão, *Eutscheidungen,* 117, 287 s., e 120, 119).

4.AQUISIÇÃO ENTRE VIVOS E TRANSCRIÇÃO; SUPORTE FÁTICO. No direito brasileiro, a transcrição é elemento constitutivo do suporte fático da aquisição entre vivos; sem ela, a aquisição não se dá. Se o título não é válido, ou não no é a transcrição, pode aquele, que constava do registro como dono, pedir o cancelamento, ou, se é preciso a ação de decretação da invalidade, propor a ação constitutiva negativa que leve ab cancelamento - À

diferença de outros sistemas jurídicos, é com a transcrição que se opera a transferência pela divisão e pela partilha, pela adjudicação em pagamento de divida da herança, pela arrematação e pela adjudicação em hasta pública (artigos 532 e 533) - O Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, art - 29, também dá à sentença de desapropriação a eficácia de título para a transcrição no registro de imóveis - O direito brasileiro desconhece a usucapião *securulum tabulas* do direito alemão e austríaco - Como o austríaco, tem a usucapião, ainda *contra tabulas;* e se de má fé o possuidor *(aliter,* o direito austríaco, § 1.477; cf. A. EHRENZWEIG, *Sachenrecht,* 251). O que adquire de alguém, que consta do registro como dono, sem no ser, historicamente, adquire a quem poderia ser pOsto fora do registro. e a fé pública obsta a que contra ele se invoque a regra *Nemo plus iuris ad alium transf erre potest quam ipse haberet.*

Mas a aquisição, aí, é originária. A transcrição, no direito brasileiro, não é simples meio de publicidade do negócio de disposição, investe, formalmente, o que a obtém, com toda a plenitude, no direito real. É essa a característica conseqüência do conceito de fé pública. Só assim se pode tutelar a generalidade. Se o alienante está, como dono, no registro, não é preciso apurar-se se o adquirente sabia disso; a proteção é fundada na seqüência objetiva das transcrições. Se A consta do registro, como dono do imóvel, e E, dizendo-se dono, o aliena a O, obtendo esse do oficial a transcrição, de boa fé, porque tomava a B por A, C não adquire a propriedade (A. EHRENZWEIO, *Sachenreckt,*

119). Mas D, que adquiriu de O, é favorecido pela tutela da fé pública - Aqui, não há cogitar-se de boa ou de má fé. A má fé e a culpa são impeditivas da aquisição, no direito austriaco (§ 1.500, M. VON

STUBENRAUCH, *Kommentarr,* ~ 6.~ ed., 759 5.; A. EHRENZwzía, *Sachenrecht,* 119) ; o § 892 do Código Civil alemão exclui a culpa grave como elemento impeditivo: o suporte fático não deixa de ser suficiente, se culpa grave houve - No direito brasileiro, nem a culpa grave, nem a própria má fé tornam insuficiente o suporte fático. O que foi prejudicado com a transcrição tem de promover, com urgência, o cancelamento, ou a ação adequada, e inscreve-la (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, artes 227 e 178, a), VII, 1,a parte), para que o adquirente não tenha por si o art. 530, 1. Se E, adquirente, creu na procuração, com que o procurador, O, se disse munido de poderes de A, que consta do registro como dono, e a procuração é falsa, não tem E por si a tutela da fé pública -Se B obtém a transcrição, tem por si a tutela da fé pública D, que adquira de E.

No direito italiano, que não adotou o sistema germânico, nem o austríaco, exceto, quanto a esse, para as províncias da Veneza Tridentina e da Veneza Júlia (Decretos italianos número 2.325, de 4 de novembro de 1928, e n. 499, de 28 de março de 1929), sendo titular do direito registrado o alienante, o terceiro, que adquire do adquirente, é, passado algum tempo, dono do imóvel, ainda que o título entre aquele primeiro alienante e o adquirente, segundo alienante, tenha sido e seja inválido (Código Civil italiano, arte - 2.652, incisos 6) e 7), e 2.690, incisos 3) e 4) -

Chamou-se a isso publicidade sanante (cf- A. FEDELE, *La Invaliditd. dei negozio giuridico di diritto privato,* 81 *5.;* L. CAREALtO, *II Mandato ad alienare,* 336; L. MENGONI, *L*"*Ácquisto "a non domino",* 127 si. O que o nOvo Código Civil italiano admitiu foi exceção ao princípio da transcrição só declarativa, que está à base do seu sistema *(E*". MESSINEO, *Manuale ,* 7. ed, 97 e 227; F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica delia Circolazione,* 74 e 178 s.).

No direito brasileiro, a exceção *é* principio, e resulta do próprio sistema que faz necessária e suficiente a transcrição para a transferência da propriedade imobiliária a terceiro - Se falta a titularidade do alienante, mas consta ele, como titular, do registro, basta isso a que o que dele recebeu a propriedade a adquira. O verdadeiro dono deveria ter agido antes, afim de que a fé pública não aproveitasse ao terceiro. Não há qualquer prazo para que a aquisição se dê - Tão-pouco, no direito brasileiro, se há de exigir que não estivesse de má fé o terceiro. A aquisição é segundo o registro: dono é

quem consta do registro; o registro é que teria de ser cancelado, *antes,* porque, enquanto não se cancela, irradia todos os seus efeitos. Não há sanação, nem publicidade sanante -

Se alguém foi lesado, responde o Estado, conforme os princípios, por ser, funcionário público o oficial do registro e haver princípio constitucional a respeito de responsabilidade.

5.TRANSCRIÇÃO NÃO É SIMPLES EXTENSÃO DA EFICÁCIA REAL A TERCEIROS. Argumento decisivo contra a transcrição como simples *extensão* da eficácia real a terceiros e, pois, como o complemento da transferência que se teria operado, entre os interessados (alienante, adquirente), pelo acordo, está em que essa transferência entre proprietário e sucessor, pelo acordo, nenhum fundamento histórico possui. O *me in re* foi, e é, absoluto: os efeitos ou são *erga omnes,* ou não são - Se a tese referida posse verdadeira, entre o acordo e a transcrição, proprietário já seria o adquirente, e não o alienante - Ora, não é isso o que se passa. Ou o adquirente pode obter a transcrição, ou não pode; ou pode, materialmente, investir-se na posse, ou não pode. Não tem ainda direito *real.* Para a obtenção da posse, tem a ação de imissão de posse (Código de Processo Civil, arts - 381-383) ; para a obtenção do domínio, não há oficial e esse o pre nota no protocolo. No art. 535, previu o caso da falência ou do concurso de credores:

—Sobrevindo falência ou insolvência do alienante, entre a pre notação do titulo e a sua transcrição por atraso do oficial, ou dúvida julgada improcedente, far-se-á, não obstante, transcrição exigida, que retroage, nesse caso, à data da pre notação‖. No parágrafo único: —Se, porém, ao tempo da transcrição ainda não estiver pago o imóvel, o adquirente, logo que for notificado da falência, ou tenha conhecimento da insolvencia do alienante, depositará em juízo o preço‖. Naturalmente, só se deposita imediatamente, se o prazo já está. *vencido:* se o pagamento foi estipulado em prestações sucessivas, ═vão se depositando à medida que se dêem os vencimentos, O problema nada tem com o da ineficácia relativa dos atos do falido no período pré-falencial, nem com o da ação revocatória dos atos fraudulentos.

O acordo de transferência não é contrato consensual, nem contrato real. É negócio jurídico de direito das coisas, nele há declaração de vontade sobre alteração jurídica. Não se confunde com o negócio jurídico causal, nem com a transcrição, para a qual é preciso ter existido o consentimento; donde quatro figuras distintas (sobre isso, JoSEF

FREIHERRN VON 5011EV, *Die Behandhung der Eigentumsitbertragung,* 10). Vincula. Não transfere; nem cria obrigação. Infringi-lo é violar direito alheio; direito formativo.

7.EXAME CRITICO DA LEGISLAÇÃO. A Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, art. 89 (Decreto n. 3.453, de 26 de abril de 1865, art. 256), estatuíu: —A transmissão entre vivos por título oneroso ou gratuito dos bens suscetíveis de hipotecas (art. 2.0, *§* 1.0), assim como a instituição dos ônus reais (artigo 6.0), não operam seus efeitos a respeito de terceiros, senão pela transcrição e desde a data dela‖. Também aí a referência a terceiros fora fruto da erronia multissecular dos doutrinadores e estava em contradição com a ciência, bem revelada no Parecer das Comissões Reunidas de Legislação e Fazenda do Senado, a 19 de maio de 1864 *(Anais do Senado,* 1, 48) Nele, adotou-se a transcrição —como a perfeição da tradição que entre nós é necessária para operar-se a transmissão do domínio (Ord., IV, 7, pr.)‖. Afastava-se a solução francesa; juntava-se o direito brasileiro ao da Prússia e ao da Baviera. TEIXEIRA DE FREITAS *(Consolidação das Leis Civis,* ta ed., nota 24 ao art. 531) mostrou o erro de SALUSTIANO ORLANDO DE ARAÚJo COSTA *(Código Comercial,* nota 268) quanto a ser dono o comprador antes da tradição ou transcrição, bem como estar revogado, pela Lei n. 1.287, o art. 874, inciso 8, do Código Comercial. LAFAIETE RODRIGUES PEREIILA *(Direito das Coisas,* 133) achou que, —sabiamente‖, a Lei n.

1.287 repelira o direito francês.

O Decreto n. 3.453, de 26 de abril de 1865, art. 257, apesar do art. 256, *já* desfazia qualquer dúvida que houvesse a.

respeito da não-transmissão da propriedade *antes* da transcrição, entre os figurantes *(e.* g., vendedor, comprador) :

—Até à transcrição, os referidos atos (de transmissão entre vivos) são simples contratos que só obrigam as partes contratantes‖. Repetiu-o o Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 284:

—Até à transcrição, os referidos atos são simples contratos, que só obrigam as partes contratantes‖. O Código Civil, artigo 533, nenhuma referência fez a terceiros: —Os atos sujeitos ~ transcrição (arts. 531 e 532) não transferem o domínio senão da data em que se transcreverem (arts. 856, 860, parágrafo único)‖. De modo que: a) a erronia de expressão de 1864, de 1865 e de 1890 foi evitada, ficando, também materialmente, fora do sistema jurídico, a inoperante

restrição —a respeito de terceiro‖, que inexplicavelmente se continuava de inserir (Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 8.0, e Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 233), e não há pensar-se em deixar de ser dono o vendedor, *antes* da transcrição; b) o acordo de transferência não opera a transmissão, mas é ele elemento essencial à transcrição. A tradição e a transmissão com a posse, pelo não-dono, não transferem o domínio. A posse é que se transfere, razão por que é somavel à do adquirente, ainda com a boa fé, para a usucapião, a do alienante.

8.CANCELAMENTO E EFICÁCIA. A regra jurídica do Decreto n. 370, art. 103, estatuíu: —O registro, enquanto não se cancelar, produz todos os seus efeitos legais, ainda quando por outra maneira se prove que o contrato está desfeito, extinto, anulado ou rescindido‖. Em verdade, porém, há, ai, duas regras jurídicas: 1) a primeira concerne à eficácia de registro, aliás à sua existência e eficácia: enquanto se não cancela, o registro existe, vale e surte efeitos; exceto (art. 108, parágrafo único) se a nulidade é de pleno direito (incompetência do oficial do registro, ou falta de um dos pressupostos formais, necessários, da transcrição); 2) a segunda é sobre a subsistência da transcrição a despeito da superveniência da falta do titulo *(contrarius congensus,* decretação da nulidade ou anulabilidade, extinção resolutiva ou rescisória do —título‖). Tem-se, então, de apurar a qual título se refere o art. 103; 2ª parte (Decreto n. 4.857, art. 298, 2.~ parte). Praticamente, uma vez que o acordo é abstrato, não importa que o negócio jurídico causal venha a *ser* desfeito, ou ser-lhe decretada a nulidade ou anulação, ou a ser resolvido, ou rescindido.

Resta apenas saber-se se a transcrição é imune ao *contrarius consensus, à* decretação da nulidade ou anulação, à resolução, ou à rescisão, ou à extinção, em geral, do acordo mesmo.

9.NULIDADE, OU ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO CAUSAL.

Se o negócio jurídico causal é nulo, ou foi anulado, o acordo não se contamina; se a transcrição ocorre, dá-se a transmissão. Pode caber a ação de enriquecimento injustificado, porém nEo contra o terceiro adquirente, salvo a espécie do art. 968, parágrafo único (E. STROHAL, Rechtsflbertragung und Krnasalgeschãft, *Leipziger Zeitsckrift,* III, 612 s.). Outrossim, as ações oriundas do contrato, se não é nulo, ou de ato ilícito.

Se o acordo é nulo, ou foi anulado, não; ainda que valha o negócio jurídica, a transcrição não representa a verdade, o registrar é inexata, e cabe a *ação de retificação.* A *ação é* de propor-se, não porque se trate de transcrição com falta de menção do acordo, e sim de transcrição que menciona acordo nulo, ou anulável: a transcrição é de ser desconstituída, não porque se haja infringido a regra jurídica do pressuposto da menção do acordo (menção houve), e sim porque se mencionou, a despeito da nulidade ou da anulabilidade, o acordo. Sobre isso, H. SIBER *(Das Ruehreektsgeschãf* 1, 63 s.). Por onde se ve que o Decreto n. 870, art. 103, 2.~ parte (Decreto ri. 4.857, art. 293. 2.8

parte) só se refere ao negócio jurídico causal, O *contrarius consensus* do acordo só operaria entre os figurantes antes da transcrição; após a aquisição por terceiro, já não teria alcance, porque os seus efeitos já se teriam produzida, *mais* da transcrição. Entre os figurantes e após a transcrição, seria outro acordo em sentido contrário, não *contrarúis consensus,* de modo que se teria de proceder a nova transcrição.

10.NULIDADE DA TRANSCRIÇÃO. Se a transcrição é que é nula, porém não o acordo, nem o pedido-exigência, portanto não, também, a protocolização, pode fazer-se nova transcrição, sem dependência de novo pedido, e a eficácia da nova transcri *ção* será desde a data do pedido-exigência protocolizada. Se a nulidade, ou a decretação da anulação apanha o pedido-exigencia, e não o acordo, então pode ser pedida nova transcrição, mas a data inicial da eficácia é a do nôvo pedido-exigência. Assim já se havia de entender a art. 108 do Decreto n. 3.453, de 26 de abril de 1865 (Decreta nº 370, art. 105; Decreta número 4.857, art. 205, parágrafo único). Quando a Decreto n. 870, por exemplo, disse que, em caso de cancelamento, a nulidade da transcrição não impede nova transcrição (art. 105), mas a transcrição só tem efeitos .*(“ao* valerá‖, disse, com evidente impropriedade de expressão) —desde a sua data‖, essa data é a do protocolo

Se nulo é o acordo, tem-se de obter a decretação judicial e pedir o cancelamento, para desconstituir-se a transcrição: *até o cancelamento, tem eficácia a transcrição, porque a „(na” invalidade quando é de pleno direito.* Trata-se, ai, de anulabilidade, Diz o Decreto n. 4.857, art. 289: —O cancelamento poderá ser total ou parcial e se referir a qualquer dos atos da registro, sendo promovido pelos interessados, mediante sentença definitiva, ou documento hábil, ou, ainda, a requerimento de ambas as partes, se capazes e conhecidas do oficial‖. SÃo só dois meios: a) a sentença definitiva; 10 o documento hábil ou a requerimento de ambas as partes (Decreto n. 370, art. 102; Decreto n.

3.453, art. 105). LÁFAITE RODRIGUES PIMENTA *(Direito das Coisas,* 1, 155) insurgia-se contra o art. 106 do Decreto n. 3.453, por entender que o cancelamento não havia de ser preciso, se já se desconstituirá o titulo (entenda-se o acordo). Porém a jurista não entendera os arts. 105 e 106: se nulo é o acordo e alguma decido (constitutiva negativa) se proferiu a respeito, transita em julgado essa decisão, e sentença definitiva‖. Deu ele o exemplo dos embargos de terceiro:o terceiro obtém transcrição e vem com embargos de terceiro à penhora; o exeqüente não no pode repelir, porque ainda não tem sentença para requerer□ o cancelamento. Sem razão, porque, se o acordo é nulo, o juiz dos embargos de terceiro pode apreciar a nulidade e a decisão ou terá efeito mandamental para o cancelamento, ou será o documento para pedir-se. Cancelada que tenha sido, a transcrição deixa de ter eficácia desde a data do protocolo ou desde a data, posterior a essa, em que começa a eficácia da resolução ou rescisão do acordo. É princípio claro do art. 294 do Decreto n. 4.857 que só se cancela transcrição por força de decisão judicial se essa transitou em julgado: —O cancelamento não poderá ser feito em virtude de sentença sujeita a recurso, qualquer que seja seu efeito, mesmo o extraordinário, interposto para o Supremo tribunal Federal‖. Se do recurso não se conhece e a eficácia da sentença é *ex nuno,* a data da eficácia do cancelamento é a do trânsito em julgado, portanto ao tempo em que se proferiu a sentença irrecorrível, ou em que essa se tornou irrecorrível. Se a eficácia da sentença é *ex tunc,* ou se conheça, ou não se conheça do recurso, o cancelamento tem a eficácia desde aquela data.

Não é verdade, porém, que a anulação do acordo, que é *ex tuno,* tenha por efeito a eficácia *ex hino* do cancelamento (sem razão, LAFAXETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 156, nota 22). Até então, o registro estava exato e imune a cancelamento (O. PLANCK, *Kommentar, III* 4□a ed., 180) : os seus efeitos operaram-se.

11.TRANSCRIÇÕES INEFICAZES. A transcrição é ineficaz: a) Se o que se quis transcrição e se transcreveu não é suscetível de transcrição (O. PLANCK, *Komnentar,* III, 48 ed., 187). *E. g.,* se trata de transmissão de bem móvel, ou de direito de superfície (que não se tem no direito brasileiro), reserva de propriedade em pertenças de imóvel (H~

SÀwrrz, *Der Inhalt des Grundbuohs nach § 892 RGB.,* 62), de pretensão do alienante contra o adquirente para criação de propriedade em tesouro, ou de transmissão de bem público, sem lei que lhe permita a alienação, de transmissão de conteúdo, por lei intransmissível, de bem em si-mesmo suscetível de alienação e transcrição (O.

OÚTHE, *Die Grundbuekordnung,* 8.8 ed., 200 s.). A ilicitude do negócio jurídico causal não faz ineficaz a transcrição. b) Se o transmitente não era o legitimado segundo o registro. Em a), a ineficácia é por inexistência; em 19, por nulidade.

12.FIGURA DO TRANSMITENTE NO REGISTRO. O transmitente há de figurar no registro, porque só assim se legitima à transmissão. Pelo registro é que se sabe se tem o poder de dispor, ou se o tem quem lho conferiu.

Portanto, é sempre proprietário, ou alguém que dele recebeu poder. Se foi outrem, a transmissão é ineficaz. No direito alemão, é preciso que ao tempo do pedido exigência o transimitente seja legitimado (tenha poder de dispor), e não só ao tempo do acordo (Código Civil alemão, *§* 878, O. PLANCK, *Kommentar,* ~fl, 43 ed.. 121). No direito brasileiro, não. A legitimação para transferir é apurada ao tempo do acordo; não do pedido-exigência, aiúda se é o que perdeu a legitimação que o faz. Os outros figurantes também o podem fazer, se aquele tinha poder de dispor.

Aliás, o que representou o transmitente, no acordo, se não perdeu o poder de representação, pode pedir a transcrição.

À semelhança do poder de dispor, que não se apura ao tempo do pedido-exigência, o poder de representação apura-se ao tempo do acordo, entendendo-se continuar.

A ineficácia por ser estranho ao registro o transmitente oferece a mais notável particularidade do direito imobiliário: se não foi alegada a nulidade formal do registro, com a anulabilidade por falsidade, transitando em julgado a sentença, ou, pelo menos, inscrita a ação, o terceiro que adquire daquele que, já agora, consta do registro, adquire pela transcrição, livre de pretensões do que figurava, *antes,* como dono. As pretensões desse tem de ir contra o Estado, o oficial do registro e os responsáveis pelo falso.

§ 1.248. Representação

1.REPRESENTAÇÃO PARA SE OBTER A TRANSCRIÇÃO. No consentimento para a transcrição e no pedido de transcrição, é possível representação. A gestão de negócios é permitida, como a caução *de rato.* Outrossim, a procuração à mesma pessoa (O. PLANCK,

Kommentar, ~fl, 43 ed., 122).

2.SE O ACORDO DE TRANSFERÊNCIA PODE SER A FAVOR DE TERCEIRO. Não se permite acordo a favor de terceiro (ERNST BRUCK, *Die Einigung im Sachenrecht,* 31; K. HELLWIG, *Die Vertrãge mii Leistung* mi *DriLte,* 53s.; sem razão; J. BIEaMANN, *Sachenrecht,* 33 ed., 5; V. BRUNS, *Besitzerwerb durck Interessenvertreter,* ilfis.; W. KLUCKHOHN, *Die Verfiigungen zugunsten Dritter,* 187 5.; L. ROSENEERG, Vertrâge zugunsten Dritter im Sachenrecht, *Deutsche .Turi.sten-Zeitung,* 17, 541), tratando-se de transmissão de imóveis *(aliter,* de negócio jurídico causal), posto que se permita quanto à inscrição de direitos reais e de preempção (H. SIBER, Die Frage der Verf tigungsgeschãfte zu fremdem Recht, *Festgabe lar die Leipziger Juristenfalcultitt* RunorsI{ SOEM, passim; MART[N WOLFF, *Lehrbuch,* 27 435 ed., 108).

A fé pública que se protege é a fé na titularidade daquele que consta do registro como titular, e não a fé que alguém teve no que não tinha poder de representação; ou não tinha, apesar de titular, poder de dispor. Não há tutela da fé pública quanto à capacidade do disponente, ainda que relativa, nem quanto à existência, ou validade, ou eficácia das procurações.

§ 1.249. Pretensão à retificação

1. REGISTRO E RETIFICAÇÃO. O registro pode ser inexato; isto é, pode dar-se que a transcrição não corresponda à verdadeira situação jurídica. Portanto, repeliu-se o REGISTRO *da eficácia jurídica for-nuxi (=* se está no registro está certo).

Se o proprietário do imóvel não obteve a transcrição, ou se a transcrição, que se fez, lhe ofende o direito de propriedade, ou foram inscritos direitos reais, ou alguma limitação, restrição ou medida foi inscrita ou averbada, que o não podia ser, ou o foi inexatamente, tem ele a *pretenso à exatidão do registro,* pretensão de retificação, derivada do direito de propriedade, de caráter *real,* semelhante, porém não idêntica, à pretensão negatória (G. PLANCK, *Komnentar,* III, 328 s., di-la em parte negatória e em parte confessória). Os juristas que lhe negaram o caráter real foram poucos; e a opinião verdadeira impôs-se (C. PREDARI, *Die Grundbzwhordnung,* 23 ed., 81; K. HELLWIG, *Anspruck und Kktgrecht,* 29; P. DOCHNAHL, Sind die Bestimmungen der *§§* 986 Satz 1 und 1004 abs. 2 BGB, auf den Grundbuchberichtigungsanspruch zu flbertragen?, *.Therings Jahrb&her,* 48, 308 5.; W. WAGENER, Pfändung und tYberweisung, 12 5.;

LIEPMANN, *Pjandbarkeit des Ánspruchs auf Beriektigung,* 17 5.; G. PLANCK, *Kommentar,* III, 43 ed., 288; sem razão, K. SCHILDE, *Die Unrichtigkeit des Grundbucks,* 51 s).

Se a transcrição é inexata, ou há o pedido de retificação e pode ser feito pelo interessado, mas deve concordar a pessoa que seria prejudicada, pela retificação, em seu direito, *segundo o transcrito,* ou há de ser instaurada a relação processual perante o juiz do registro, para que faça a prestação jurisdicional. Tal processo há de ser inscrito, para que se- pré-exclua, *ex nuno,* a confiança na exatidão do registro. Mesmo porque só se retifica o registro que tem fé pública; as transcrições que não tem não precisam de processo de retificação. Não importa quem foi o causador do erro, se o que pediu a transcrição, ou o oficial do registro, ou o próprio juiz.

Transcrições, com enunciados de fato errados, não geram, a respeito desses enunciados, confiança pública. Não há fé pública para eles, quando se trata de descrição inexata (uma casa, em vez de duas; falta de medição) ; *aliter,* se trata de delimitação inexata (nesga de terreno que é parte do que é objeto da transcrição, e não de outro; inclusão de terreno que é alheio). Aqui, há diferença quanto aos donos, portanto enunciado sobre direitos, e não só sobre fatos: se a nesga é de A, e não de B, ou se o terreno é de 13, e não de A, a transcrição tem fé pública, tal como está; e precisa ser retificada.

A pretensão à retificação do registro de imóveis só existe enquanto outrem não adquiriu a propriedade. A regra jurídica *Nemo plus inris trans/erre potest quam ipse habet* não sofre exceção porque o outorgante adquire propriedade que o outorgante não tinha, a aquisição é originária. Assim, enquanto não há causa para se extinguir a pretensão à retificação e não adquiriu alguém a propriedade, de que resultara, antes, a pretensão à retificação, subsiste esta. A retificação tem por fito ajustar à realidade o registro; se alguém adquiriu a propriedade, deixou de haver a discrepância entre o registro e a realidade: a realidade mudou. Passa-se isso quer quanto à usucapião quer quanto a quaisquer outros modos originários de aquisição *(e. g.,* art. 530, 1). Trata-se de pretensão ligada ao direito de propriedade, pretensão real, e não pessoal, que nada tem com a *condictio.* Porém não se limite ao titular do direito real a legitimação ativa, porque pode haver outros ═interessados na retificação do registro imobiliário (1(.

SCHILDE, *Die Unrichtigkeit des Grundbuohs* 51 s.), como o que da pessoa lesada pela inexatidão recebeu direito real de usufruto, uso, habitação, renda constituída, hipoteca, ou anticrese *(aliter,* locatários e outros possuIdores imediatos).

Para K. SCHILDE *(fie Unrichtigkeit des Grundbuchs,* 55 s.; contra, J. BIERMANN, *Widerspruch und Vormerkung,* 105), a ação de retificação não se liga à natureza absoluta do direito real, mas *à* eficácia da propriedade quanto à pretensão a que se declare a inexatidão do registro. Há o interesse na correção. Mas, em verdade, há interesses na correção, que não geram a pretensão à retificação; e lá se vai, derruída, a argumentação de EX SCHILDE e dos que o seguiram. Credores, que poderiam ter mais vivo interesse que o devedor mesmo (G. SCRATZKY, *Gntndbuchberichtigung,* 21 s.), e os locatários não tem a ação de retificação.

2.RISCOS DA INEXATIDÃO E PRETENSÃO À RETIFICAÇÃO. A inexatidão do registro é assaz perigosa para os que tem direitos, que não estão inscritos, ou transcritos, pois outros lá estão, e para os que tem direitos que estão inscritos, ou transcritos, mas inexatamente. Podem perdê-los, se alguém, com a fé pública do registro, os adquire; ou se os adquire por usucapião, firmado em título. Tal titular de direito está impedido de certos atos de disposição, porque precisaria tê-los registrado. Se o autor mostra, por exemplo, que da partilha não consta a gleba que se diz herdada, ou recebida em meação, é inexato o registro do negócio jurídico em que outorgante é pretenso herdeiro da gleba, ou cônjuge sobrevivente, ou cônjuge desquitado, que diz tê-la recebido em partilha dos bens comuns.

A pretensão de direito civil à retificação deriva do direito, cuja transcrição ou inscrição exata se pede, e dirige-se contra o que indevidamente consta da transcrição ou da inscrição, ou que é causa de lesão em virtude de registro. (A pretensão de direito pré-processual *à* retificação deriva do direito à tutela jurídica e dirige-se ao Estado, no caso de haver registro em nome de outrem, ou de ser inexato, embora sem transcrição ou inscrição em nome de outrem.) A pretensão de direito civil à retificação é semelhante à negatória; porém de modo nenhum tem por fito a desaparição da ofensa à propriedade, e sim obter a colaboração do réu na retificação (sem razão, R. SCRMIDT, *Der negatorische Beseitigungsanspruch,* 58), ou a decretação da retificação, com força mandamental. Quem tem ação só pessoal não tem a pretensão de retificação (O. WÃxNEYER, *Kommentar,* II 88).

3.LEGITIMAÇÃO ATIVA. legitimado ativo da pretensão à retificação quem quer que tenha direito real imobiliário, que não está transcrito, ou inscrito, ou que o está inexatamente, ou que seja vítima de ofensa a esse direito, pelo registro de direito real ou limitação ou restrição

inexistente. E. *g.,* se há hipoteca indevidamente cancelada; se não consta que o bem foi adquirido pelo monte partível, e sim pelo herdeiro; se ainda não se extinguiu o usufruto, e consta do registro; se há averbação com inexatidões, ou sem razão de ser. Discute-se se o que consta do registro, sem ser titular do direito, ou lesado, tem a pretensão (afirmat ivamente, K. SCrnLnE, *Die Unrichtigkeit des Grundbuchs,* 51 5.; negativamente, MÀRTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 27,a~82~a ed., 181, e O. WARNEYER, *Kornmentar,* II, 89) : não é —prejudicado‖, no sentido do art. 860 do Código Civil ou do art. 227 do Decreto n.

4.857, de 9 de novembro de 1989. O que outorgou ou transmitiu o direito real registrado não tem pretensão de retificação; só a tem o outorgado, salvo se foi registrado mais do que se outorgou ou transmitiu. Tem-na o proprietário, ou o titular do direito real que foi inexatamente registrado, ou que o precisa ser; não o adquirente‘

posterior (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 88). A pretensão para se excluir direito real, ou outra limitação, ou restrição somente pertence ao proprietário atual; o proprietário anterior somente é legitimado se afirma ser titular atual do direito, ou da propriedade. Se há concurso de credores, o administrador da massa é que é o legitimado, salvo se o direito não entrou na mesma, ou não entraria. Os credores do legitimado não tem a pretensão (J.

BIERMANN, *Sach.enrecht,* 33 ed., 125; L. ROSENBERG, *Saehen recht,* 450). Tratando-se de direito em que haja eficácia em graus *(e. g.,* hipoteca), o titular do direito do mesmo grau ou posterior é legitimado (G. PLANCK, *Kommentar,* III, 43 ed., 238; L. RoSENBERG, *Saehenrecht,* 450). As pretensões do proprietário e as de cada legitimado do mesmo ou de grau posterior são independentes (P. PLANCK, *Kommentar,* 288; O. WABNEYEIL, *Komraentar,* II, 89). Pela falta de prestação do crédito hipotecário, ou anticrético, somente o proprietário é legitimado, não o credor hipotecário, ou anticrético, posterior (O. WARNEYER, Konunentar, II, 89). O fiador, que pagou ao credor hipotecário, é legitimado (art. 1.495, 13 parte; O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 89). Bem assim, o herdeiro, ou sucessor, que satisfaz o todo, pelas quotas alheias satisfeitas (arts. 766, parágrafo único). O que tem a seu favor algum direito, ou cláusula, que devesse ser averbada, tem a pretensão. Tem-na, também, o que tem interesse em que seja corrigida, por ser inexata, ou que foi lesado por averbação indevida.

4.LEGITIMAÇÃO PASSIVA. É legitimado passivo da pretensão à

retificação todo aquele a quem a retificação prejudicava. *E.* g., se há nulidade da hipoteca, por ser absolutamente incapaz o que a outorgou; se há hipoteca posterior, também o que outorgou essa hipoteca; se, nas duas espécies, o proprietário não é o outorgante, também ele é legitimado passivo. Não é pressuposto a culpa do legitimado passivo, nem se precisa para o exercício da pretensão cumular-se com a ação negatória. Se o legitimado assente, retifica-se. Se não assente, há a ação de retificação, sem que seja preciso, no direito brasileiro, o exercício prévio da pretensão à retificação.

5.PRETENSÃO Á INDENIZAÇÃO. Na pretensão à retificação não se inclui a de indenização, nem a de anulação da aquisição (sem razão, FRITZ SCI{ULZ, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, *Árehiv filr die civilistiache Praxcis,* 105, 382) .Tratando-se de nulidades, o arts. 229 do Decreto n. 4.857 permite que se decida a matéria como questão prévia.

6.CASUISTICA DA INEXATIDÃO. O registro é também inexato se trata de registro inadmissível (L.

ROSENEERG, *Saehenrecht,* 447); *e.* g., se o direito não mais está no rol dos direitos reais.

A inexatidão pode desaparecer se o elemento, que falta, exsurge *(e.* g., assentimento, ratificação), ou se lhe sucede aquisição firmada na fé pública (KURT ScrnuE, *Die Unriehtigkeit des Grundbuchs,* 64; C. PILEDARI, *Die Grundtnwhordnung,* 1, 420; II. OEERNECK, *Das Reichsgrundbuchrecht,* 1, 4.~ ed., 420 s.).

A renúncia à pretensão à retificação não apaga a inexatidão do registro se para retificar-se se precisaria de negócio jurídico bilateral ((cf. H. WALSMANN, *Der Verzicht,* 81 s.,G.PLANCK, *Konzmentar,* III, 43 ed., 285).

Quanto a limitações de poder e restrições, as retificações podem ocorrer se houve inexatidão; isto é, se já não existem, ou se existem e o registro não as insere *(e. g.,* o nome do fideicomissário está errado). Diga-se o mesmo quanto ao que se inscreve ou averba.

A pretensão à retificação supõe que o registro de imóveis já tivesse sido criado; mas os registros anteriores, quaisquer, podem ser retificados, desde que se atenda ao direito então existente.

A pretensão à retificação exerce-se extrajudicialmente, para se obter

declaração do legitimado passivo (ou dos legitimados passivos, *e.* g., os credores por hipoteca anteriores, se afirmam hipoteca e grau da hipoteca). Tal declaração basta, se não faltou o *acordo* mesmo, que então se tem de conceber com a sua forma. (Não há ação para a transmissão, ou para a cessão, que ocorreram a H. SIBER, *Das Ruchrechtsgeschäft,* 28 5.; o que se pode dar é que os interessados empreguem o transmissão ou cessão para o fim da retificação, cf. O. PREDARI, *Die Grundbuchordnung,* 85.). Disposição não é assentimento. A declaração somente surte efeito com o trânsito em julgado da decisão *(e.* g., não mais pode, pelo mesmo fundamento, ser inscrito processo de retificação) O demandado pode articular (exceção!) que o demandante está *penalmente* obrigado a admitir o estado atual do registro (MARTIN WOLFF, *Das Recht zum Besitze,* 170; P. DOCHNAHL, Sind die Bestimmungen der *§§* 986 Satz und 1004 Abs. 2 BGB auf den Grundbuchbericbtigungsanspruch zu übertragen?, *Jherings ‚JahrUicher,* 53, 303).

Também é possível existir direito de retenção (O. PLANCK, *Komnentar,* III, 43 ed., 243; L. ROSENBERG, *Saehenrecht,* 458; sem razão, *J.* BIERMANN, *Sachenrecht,* 126), ou renúncia A pretensão à retificação (KURT

SCHILDE, *Dia Unrichtiglceit des Gntndbuchs,* 64 s., H. WALSMANN, *Der VerzWht,* 81 5.; sem razão, K.

MAENNER, *Das Sachen-recht,* 71, nota 16). O demandado também pode objetar que o legitimado à ação somente consta do registro, sem qualquer direito (K. KOBER, em *J. v. Staudingers Kommentar,* III, 215; C. PREDARI, *Dia Grundbuchordnung,* 181; sem razão, RURT SCHILDE, *Die Unrichtigkeit,* 56). Não pode objetar que já antes fora pedida retificação (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 126; G. PLANCK, *Kornmentar,* III, 43 ed., 243; L.

ROSENBERG, *Sacftenrecht,* 456); nem que não teve culpa: se a teve, ou não, é indiferente.

Se falha a exigência de retificação amigável, há a via judicial não-voluntária; sem que, no direito brasileiro, seja elemento necessário da ação a reclamação prévia *(atiter,* no direito alemão, O. WARNEYER, *Xommenta.r,* II, 92).

§ 1.250. Pretensão ao registro anterior

1.NATUREZA DA PRETENSÃO ESPECIFICA. Se alguém, que pode

fazer transcrever-se, inscrever-se, ou averbar-se algum título, não no pode fazer~ sem que, antes, se proceda ao registro a favor de outrem, ou contra outrem, cabe-lhe *pretensão ao registro anterior.* Trata-se de pretensão a se manter a linha histérica, à exatidão do registro. Pressupõe-se a necessidade de tal registro prévio, ou, pelo menos, à exigência dele por parte do oficial do registro (G. PLANCK, *Kontment ar,* III, 43 ed., 244; L.ROSENRERG, *Sachenrecht,* 470; J: BIERMANN, *Sachenrecht,* 130; K. ICOBER, *J. v. Staudingers Kommentar,* III, 218; sem razão, H. WILLENBÚCHER, *Das Liegensckaftsrecht,* 41), salvo se é de todo desarrazoada a exigência, caso em que o pretendente deve provocar decisão do juiz dos registros (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 214-222). O fideicomissário tem tal pretensão contra o fiduciário (arts. 1.733-1.739), tem-na o adquirente contra o beneficiado pela condição resolutiva (arts. 647 e 648) ; bem assim, o credor hipotecário, contra o hipotecante, ou contra esse e os outros condôminos (O.

WARNEYER, *Kommentar,* II, 92; sem razão, li ROSENBERG, *Ltheflrecht,* 470), e contra os herdeiros do devedor e dos condôminos.

2.CONTEÚDO E FIM DA PRETENSÃO. A pretensão tem por fito, não retificar, mas estabelecer, nesse ponto, a historicidade do registro. A decisão executa-se segundo o art. 1.005 do Código de Processo Civil: —Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exeqüente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação‖

(C.PREDARI, *Die Grundbuchordnung,* 183; O. PLANCK, *Komsentar,* III, 43 ed., 244; sem razão, J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 130) . A cominação deve estender-se à transcrição, inscrição ou averbação da sentença, transita em julgado, para que, independente da execução pelo cominado em dinheiro, se proceda conforme o art. 1.006 do Código de Processo Civil

(O.GÚTHE, *Die Grundbuchordnung,* 33 ed., 434, nota 96; H. ARNREIM, *Gntndbuchordnung,* 23 ed., 261; L.

RoSENBERG, *Sachenrecht,* 472; sem razão, TH. KíPP, *Die Verurteilung,* 83 s.).

Pode dar-se que a sentença seja para se executar após alguma retificação, ou concomitantemente.

A ação pode ser exercida contra funcionário público, inclusive

escrivão ou tabelião, de que dependa ato necessário à transcrição, inscrição ou averbação anterior (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 92; Constituição de 1946, art. 141,

§§ 36, 1 e III, e 24).

A pretensão ao registro anterior não existe quando só se trata de pretensão pessoal à mudança do direito (K. KoBER, *3. ix Staudingers Kornmentar,* III, 219; O. PLANCK, *Kornsentar,* III, 43 ed., 244).

3.IMPRESCRITIBILIDADE E EXTINGUIBILIDADE. A pretensão é imprescritivel. Mas cessa, se a pretensão principal se extinguiu. Intervem, ai, os princípios relativos às ações rescisórias de sentença, com a eficácia *ex tune* da rescisão.

§ 1.251. Pretensão à apresentação do titulo

1.NATUREZA DA PRETENSÃO. Para a retificação, se é preciso titulo, que esteja com outrem *(e. g.,* a escritura de hipoteca, em poder do credor hipotecário), o titular da pretensão,à retificação também o é à exibição do titulo perante o oficial público, ou a alguma repartição pública. Pressupõe-se a pretensão, porém não se exige a prévia propositura da ação de retificação.

2.LEGITIMAÇÃO PASSIVA. Legitimado passivo é qualquer possuidor imediato ou mediato (G. PLANCK, *Kommentar,* III, 43 ed., 245), e não só aquele a quem pertence o titulo (portanto, não é preciso que se trate do legitimado na ação de retificação, proposta ou a propor-se; *aliter,* na exibição vulgar, Código de Processo Civil, arte.

216, verbis —parte contrária‖, e 220, *verbis* —por ser comum ao requerente‖; cf. O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 93). O oficial do registro não é legitimado ativo ou passivo (O.WARNEYER, *Kommentar,* II, 93), pôsto que possa ser réu em ação possessória.

3.IMPRESCRIBILIDADE. Não é prescritível a pretensão à exibição. Mas cessa, se a pretensão principal se extinguiu ou prescreveu, ou se extinguiu a pretensão à retificação ou ao registro anterior.

§ 1.252. Ação de retificação

1.PRETENSÃO AO ESTABELECIMENTO DA VERDADE DO REGISTRO. O pedido de retificação, a que se refere o art.~ 560 do Código Civil, prende-se à pretensão ao estabelecimento da verdade do registro. Tal pretensão se dirige àquele que participou do documento que foi registrado. Quando o registro, no tocante ao domínio, a algum direito real, restrição de poder (cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade, etc.), ou restrição ao conteúdo do direito de propriedade, não exprime a verdade, ou por ser inexato, ou omisso, ou além do que deveria ser, o interessado tem pretensão a que os figurantes ou outros figurantes colaborem na retificação. Se não anuem na colaboração, a ação de retificação nasce.

2.AÇÃo DE NATUREZA REAL. A ação, como a pretensão, é de natureza *real,* porque se baseia na existência de direito real, ou de restrição a ele, ou de não-existência de tal restrição ou direito real (O. PREm&aI, *Grnulbuckordnung* 13 ed., 81;. HELLWIG, *Ánspruch und Klagrecht,* 29; P. DOCUNAIIL, Sind die Bestimmungen der *§* 986 Satz 1 und 1004 Abs. 2 BGB auf den Grundbuchberichtigungsanspruch zu übertragen?, *Jherings Jahrbiicher,* 53, 305; E. SCHULZ, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, *Archiv flir die eivilisUsche Praxis,* 105, 301 5.;

W. WAGENER, *Die Pfiindung und ttberwei.sung des Rerichtigungsanspruehs,* 32 5.; LIEPMANN, *Pftindbarkeit,* 17 s.). A opinião de L. GOLDMANN *(Der Ansjruch. aul Grundbuchberiehtigung,* 34 s.), que via na ação de retificação pretensão ligada porém não compreendida no direito real, foi repelida, porque, para ser real a pretensão, não é preciso que seja compreendida ou conjunta como direito real. Poder-se-ia pensar em —publicizar‖ a pretensão; mas, ainda aí, ou se criaria outra pretensão ao lado da pretensão privatística e de mais larga legitimação ativa, ou se daria publicização sem desprivatização. A pretensão e a ação do art. 860 são de direito privado (contra, F.

ENDEMANN, *Lekrbuch,* II, *§* 63: real, mas de direito público).

Cumpre não se confundam a pretensão de direito privado à retificação e a pretensão pré-prócessual, que é de direito público.

3.OBJETO DA AÇÃO. A pretensão do art. 860 pode ter por objeto cancelarem-se notas, protestos, ou ressalvas, que *indevidamente* constem do registro. Também para todo escrito que não tenha razão de ser,, ou porque foi feito fora de tempo, ou porque se tornou

inverídico. Mas, se qualquer inexatidão já produziu seu efeito *(e.* g., foi vendido o bem), firmando-se nela terceiro adquirente, não é a ação de retificação que se há de propor.

Pela ação do art. 860 não se pede indenização (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 23 ed., 132), nem imissão de posse, nem reivindicação.

4.LEGITIMAÇÃO ATIVA. São legitimados ativos, nos casos do art. 860, o que tem direito real segundo o registro ou aquele cujo direito real não foi registrado. Não o que só tem pretensão pessoal, ou somente interesse doutrinário (O. WARNEYER, *Komment ar,* II, 88). O que não teve o nome, de modo nenhum, no registro e, em seu lugar, consta o de outrem, não tem a ação do art. 860; tem-na, apenas, o alienante. O proprietário posterior não tem a ação quanto a defeitos anteriores à aquisição; e o proprietário anterior não a tem para a extinção de qualquer direito real ou restrição, salvo se autorizado pelo proprietário atual. Se há dois ou mais legitimados e se quer saber se são conjuntos, ou não, responde a relação entre eles.

Os credores do legitimado à ação de retificação não são legitimados (L. ROSENBERG, *Sachenreckt,* 450). Nem quando lesiva ao adquirente, o titular anterior pode propor a ação, sem ser autorizado por aquele. Nem o sucessor a pode propor se não adquiriu o bem imóvel ou o direito real como seria o verdadeiro registro, e sim como está; embora, nesse caso, possa ser legitimado passivo e chamar à autoria o alienante.

Se o registro foi feito como se o adquirente da propriedade ou do direito real fosse outra pessoa, *e.* g., falso nome, aquele que foi, com essa troca, prejudicado, não tem a pretensão do art. 860, porque ainda não adquiriu qualquer direito (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 89). Tem de propor, primeiro, as ações adequadas.

5.LEGITIMAÇÃO PASSIVA. A legitimação passiva cabe àquele a quem prejudicará, se acolhida a ação, a sentença que decrete a retificação. Não são legitimados os que, pelo livro de registro, são estranhos à relação jurídica, tais como os sucessores não-registrados do prioprietário registrado. Sempre que para a alteração se precisaria da declaração de vontade de alguém, tal pessoa _é legitimado passivo (O. KUTTNER, *Urtejiswirlcungen,* 92, nota 56).

6.PRETENSÃO INSEPARÁVEL DO DIREITO A QUE SE REFERE.

A pretensão do art. 860 é inseparável do direito a que ela se refere. É possível, porém, a autorização para ser exercida separadamente, permanecendo como titular da pretensão aquele que autorizou. Não se chegou sem renhidas discussões até essa conclusão. A questão é de grande interesse prático. Pela transferibilidade do direito e da pretensão, bem como da ação, eram li. DERNBURG, O. OtITHE, O. Vim GIERKE e E. GoLDMANN - H.

LILIENTRAL, além de alguns autores de monografias (H. RElas, *Grenzreekt und Grenzprocess,* 32 s.; H. A. W.

STAr-FEL, Erõrterungen, *Sdchsischeg Arehiv,* IX, 209 5.; O. ScHATZia, *Grundbuchberichtigung zum Zwecke der immobiliarvoll streekung, 57;* LIEPMANN, *Pfándbarlteit des Ánspruchs au)*" *Bericktigung des Grundbuchs,* 34 s.).

Mas reagiram F. KRETZSCHMAR, *EL* SCHILDE *(Die Unrichtigkeit des Grundbuchs,* 91), K. P. 1?. nu CHESNE

(Absolutes und relatives Recht, *Archiv flir BUrgerliche8 Recht,* 36, 2); A. VON TUHR *(Die Unwiderruflicite Vollmacht,* 83 s.) e O. STRECKER (O. PLANCK, *Kommentar,*

7.AUTORIZAÇÃO A PROMOVER A AÇÃO. O titular da ação pode autorizar o interessado na retificação, ou em promover a ação, a que a promova, ou prometer não a exercer *(e. g.,* àquele cujo nome consta do registro como usufrutuário e é fiduciário). Muito se discutiu a natureza dessa autorização que se ve todos os dias e com ela raciocinam os advogados e' juizes como se fosse *cessível.* —Abandono do exercício‖, pensaram II. C. HIRScH *(Die tlbertragung der Rechtsausiibung* 1, 309) e W. WAGENER *(Die Pfdndung und tYberweisung des Berichtigungsanspruehs,* 82 s.). Autorização para fazer valer a pretensão de outrem —no próprio nome e interesse‖, corrigiram O. STRECKER (O. PLANCK, *Komment ar,* III, 240) e VOLMER *(Gruchots Reitrage,* 59, 640 s.).

Procuração irrevogável, entendera A. VON TUHR *(Die unwiderruf licite Vollmacht,* 88 s.; *Der Álígemeine TeU,* 1, 267), o que MARTIN WOLFP *(Lehrbuch,* III, 133) combateu, porque, na procuração irrevogável, o procurador obra em nome de. outrem. Podemos pensar na procuração em causa própria.

8.PENHORABILIDADE. Porém todos os direitos intransferíveis são

impenhoráveis, de modo que se levantou a questão da penhorabilidade da pretensão oriunda do art. 860. Os que admitiam a separabilidade era natural que acolhessem a penhorabilidade e a empenhabilidade. Os que sustentavam a inseparabilidade nem por isso foram até a postulação da impenhorabilidade e de inempenhabilidade. Naturalmente, a impenhorabilidade importaria em ser a pretensão insequestrável e inarrestável. A opinião firmou-se em que há pretensão a fazer valer a retificação, sem penhora do —direito‖ do devedor (II. REICHEL, O. STRECKER). Contra a empenhabilidade e a penhorabilidade, MARTIN WoLn *(Lehrbuch.,* III, 83 ed., 134).

9.NULIDADE DO ACORDO. É de toda importância notar-se que a pretensão e a ação não se limitam à inexatidão que diga respeito à fé pública que se deve ao registro de imóveis. Se a escritura pública foi feita por pessoa absolutamente incapaz, pode-se pedir a retificação sem se pedir, antes, a decretação da nulidade do acordo (porque esse é o sistema do direito brasileiro, Código Civil, art. 146, parágrafo único, e o juiz que julga a ação de retificação do registro pode julgar a ação de nulidade da escritura), e assim também se falta ao titulo algum pressuposto material que cause a nulidade; *a fortiori,* a inexistência. Não, porém, simples anulabilidade (L: ROSENEERO, *Sachenrecht,* 441; O. WARNEYER, *Koram.entar,* II, 86). Quanto a essa, é preciso, antes, propor-se ação de anulação do negócio constante da escritura pública e, com a eficácia da sentença constitutiva negativa, obter-se a base para se afirmar a discordância entre o registro e a verdade.

10.IRREGISTRABILIDADE. Se não era permitido o registro, *e.* g., se o direito era irregistrável, cabe a ação do art.

860, ou se, pela lei nova, se tornou irregistrável. A registrarbilidade apura-se ao tempo em que há eficácia do registro, portanto a cada momento presente. (Os defeitos de forma do registro seguem o princípio *Terapus regit actum.)*

11.RENÚNCIA. A renúncia à pretensão de retificar o registro somente cobre a inexatidão, quando, por ela, cesse a discordância entre o registro e a verdade; por exemplo: quando haja, com ela, renúncia à ação de invalidade do negócio e fique negócio jurídico válido (cp. J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 128).

12.EXTINÇÃO DA PRETENSÃO Á RETIFICAÇÃO. A pretensão à retificação extingue-se por ~eu cumprimento e desaparece se

desaparece (=deixa de existir) a inexatidão do registro ou se aquele contra quem se dirigiria a pretensão dispôs do bem imóvel e outrem o adquiriu, ou alguém, incluído o legitimado passivo, o adquiriu por usucapião, ou se sobrevém acordo, que torne exato o registro. A renúncia ao direito de retificação exige a forma que para o ato de registro seria de exigir-se (cf. A. VON TUHR, *Der Aligemeine TeU,* II, 257). A pretensão à retificação é imprescritível. Se a pretensão do titular do direito prescreve, cessa a pretensão à retificação, o que é outra coisa (W. TURNAU -K. FÕESTER, *Das Liegenschaftrecht,* 1, 33 ed., 306; H. WIL LENBIYCHER, *Das Liegenschaftsrecht,* 42; CL PREDAILI, *Die Grundbuchordnung,* 23 ed., 185; G. PLANCK, *Konrmen.t ar,* III, 1, 246 *5.;* diferentes, J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 131 5.; 1. RoSENRERO, *Sackenrecht,* 476; MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 27.8~ .-323, 188, nota 19, para quem não cessava nunca, nem mesmo com a prescrição da *rei vindicatio).* Confusão houve no acórdão da 2.8 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de junho de 1948

(E. dos T., 175, 626), que confundiu a cessação da pretensão à retificação com a prescrição da ação do direito real; e disse que a prescrição da ação de retificação é a das ações reais. De modo nenhum: a ação de retificação é, por sua natureza, imprescritível; o que se dá é que a prescrição repercute na ação de retificação, fazendo acessavel .

O sistema jurídico brasileiro, partindo do conceito de *publica* lides do registro imobiliário, segundo o qual somente quem está de boa fé ao obter registro não tem a propriedade exposta a ataque do que deveria constar do registro, não admite que o terceiro fique à mercê de ações que caberiam contra quem obteve o registro. A presunção de ser dono tem-na quem obteve o registro; quem se fiou do registro não tem só a presunção: tem situação jurídica que o art.

530, 1, considerou criativa do direito de propriedade. Não há, então, falar-se de presunção, nem de ficção, nem, tão-pouco, discutir-se se há presunção ou ficção *(e. g., O.* NiJTza, *Der Erwerb in gutem Glauben,* 8, nota 1). A aquisição pelo registro, se o outorgante constava dele como dono, é por força do art. 530, 1, sem se precisar de presunção *(=* pode ser, ou não ser, mas tem-se que seja, se não se prova o contrário), nem ficção (não é, mas tem-se como se fosse).

Se o registro que não corresponde à *história* da propriedade foi obtido pela pessoa, que adquiriu o imóvel, ou na obtenção foi co-autor eu cúmplice *(e. g., 13* conseguiu, contra a história da propriedade, o registro do prédio que pertence a A e logo aliena a C, para que C alegue a *publica lides* do registro), há a exceção de ilícito penal contra

C, porque a fé no registro seria fé no ato criminal em que foi co-autor ou cúmplice (Tomo VI, *§* 718, 5).

A extinção da pretensão à retificação, no caso de renúncia, torna inexpugnável, por parte do renunciante, o registro, O momento faz-se exato. A história do registro passa a corresponder à históriA do direito à propriedade~ porque se apagou, nessa, o de que discrepara o registro. O terceiro, que venha adquirir, adquire derivativamente. Encheu-se de realidade a aparência, Muito diferente é o que se passa se a causa de se extinguir a pretensão à retificação não foi a renúncia, ou a alienação pelo dono ao não-dono que consta do registro. Porque, então, a aquisição pelo que consta do registro ou por terceiro é originária (usucapião, ou transcrição do título oriundo de quem consta do registro).

CAPITULO VI

INSCRIÇÕES PROVISIONAIS E CAUTELARES

§ 1.253. lnscrições provisionais

1.QUANTO À INEXATIDÃO DO REGISTRO. A inscrição provisional do art. 227 do Decreto n. 4.857 provém da contradita (Widerspruch) alemã, que começou por ser *protesintio* contra a inexatidão do registro, a fim de encobrir a fé pública, a *pubLica fides.* Se na Lei prussiana de 4 de agôsto de 1750, *§* 32, de onde, em verdade, provém, havia o germe do art. 227 do Decreto n. 4,857 e do art. 178, a), VI e VII. já a Lei prussiana de 20 de dezembro de 1783

somente conhecia (II, *§§* 298-300, 153) a protestação 4º art. 227, a do art. 178, a), Vil, 13 parte (ações reais) e a protestação por ser sem paga do empréstimo a hipoteca (II, *§§* 175-181). Foi explícita em negar a inscrição (a *Protestatiofl,* aliás) por simples crédito ou pretensão pessoal (II, *§* 290). A inscrição por arresto entronca-se em velha teoria de M. C. F. W. GI1ÀWELL *(Entwitkeht ng der Theorte der h.wpothekarischefl Protestatioflefl,* 50 si, que teve por si, mais tarde, a jurisprudência (Superior Tribunal, 20 de maio de 1853) e a Ordenação hipotecária alemã de 24 de maio de 1853.

O *§* 32 da Lei prussiana de 4 de agôsto de 1750 permitia a inserção da

protestação se ocorria crédito que ainda não podia ser registrado, por não estar precisado *in quali* e *quanto,* ou se achar *in lite,* e o titular de tais *praetensiones* que pedia ao juiz que inserisse a protestação. Vai ter-se falado, então, de direito à coisa, *iwt ad rem,* irradiado, dizia-se, desse registro protestativo ou de hipoteca protestativamente inscrita. As duas espécies foram-se caracterizando: a premarcação para proteção de direito real existente, ou ainda inexistente mas registrável; a premarcação para proteção de pretensão obrigacional a direito real, ou a alteração ou extinção de direito real, até que à última só se chamou contradita *(Wid.ers"pruck).* A admissão da primeira operara-se sob a pressão germanistica de O. VON

GIERKE *(Der Entwur.f cines RGB,* 321 a.), W. KINDEL *(Das Recht an der Sache,* 57, 264-270) e E. FUCES *(Das Wesen der Dinglichkeit,* 122-128).

2.As ESPÉCIES. As —inscrições‖ dos arts. 227 e 178, a), VI e VII, do Decreto n. 4.851 encambulham todas s~s espécies, sob o mesmo nome; porém isso de modo nenhum elimina ou atenua as diferenças entre elas.

Sob a Lei prussiana de 5 de maio de 1872, foi corrente a construção da inscrição preventiva como direito real suspensivamente condicionado (W. TURNAU, *Die Gntrtdbuchordnung,* 1, 53 ed., 262 e 364; C. F. KocE, *Allgemeine H-ypothelcen--Ordnung,* 189; R. KNORR, *Das Gesetz liber Z~wangsvoUstreckung,* 40). Ainda restaram, sob o Código Civil alemão, alguns sustentadores *(e. g.,* J. B6HM, *Das matericUe und formeile Reichsgrundbuchrecht,* 44; E. FUCES, Probleme des Sachenrechts, *Gruchots Beitrdge,* 46, 562, que, aliás, reduz a bem pouco, em *Grundbuí4¶hrecht,* 122, tal direito real).

§ 1.254. Inscrição do processo de retificação

1.DECRETO N. 4.857, DE 9 DE NOVEMBRO DE 1939, ART. 227, —IN TINE‖. O art. 227, *in fine,* do Decreto n.

4.857, de 9 de novembro de 1939, permite a inscrição do processo de retificação. O procedimento é o ordinário; e a inscrição pode ser pedida desde logo, para que o juiz a mande fazer após o despacho da petição, ou ser pedida a qualquer tempo, ainda em grau de recurso, enquanto não passa em julgado a sentença no processo de retificação.

Trata-se de *inscrição provisional,* que não dá nenhum direito real, sem qualquer eficácia retificadora (registrativa ou alternativa), nem cria limitação ou restrição do poder de dispor por parte dos que constam

do registro (cf. J.

HIERMANN, *Widerspruth und Vormerkung,* 95 a.), nem gera tutela da fé pública (L. ROSENBERG, *Sachenrecht,* 488). Pressupõe a inexatidão do registro, de modo que não cabe, ou lhe cessam os efeitos, desde que se torna exato o registro.

A inscrição, provisional como é, apenas protege contra os perigos da tutela da fé pública, de modo que onde não se teria de tutelar a fé pública é inadmissível cogitar-se de tal inscrição. A sua eficácia é apenas a de encobrir a fé pública do registro cuja retificação se pediu: o titular segundo o registro continua com o poder de dispor, mas sem eficácia contra o que obtém a inscrição, ou quem tenha direito derivado do que alega ser o titular da pretensão retificativa, se vem esse a ter sentença favorável trânsita em julgado, na ação de retificação. Se a sentença é desfavorável, tudo se passa como se inscrição não tivesse havido.

A inscrição do processo não estabelece fé pública; em razão disso, não cabe confiar na inscrição, nem no registro, tal como na retificação se pediu (L. ROSENBERG, *Saohenreoht,* 488).

(O art. 227, *in fine,* do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, de que tratamos aqui, provém do Decreto n.

18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 218, *in tine.)*

2.LEGITIMAÇÃO ATIVA. Legitimado ativo é quem quer que seja titular de pretensão à retificação *(e. g.,* o credor hipotecário) . Legitimado passivo é quem seria prejudicado com a retificação. Não pode ser adverso indeterminado.

A inscrição provisional pode ser pedida pelos legitimados, ativo e passivo, em ação mandamental de jurisdição voluntária, a que não se requere rito ordinário, nem especial.

3.SOBRE MEDIDA CAUTELAR. No direito brasileiro, a inscrição segundo o art. 227, *in fine,* do Decreto número 4.857, faz-se depois do despacho do juiz, inserto na petição do processo de retificação, ou em requerimento posterior, antes de trânsita em julgado a sentença. É de discutir-se se, ocorrendo algum dos pressupostos do art. 675, II e III, do Código de Processo Civil, pode haver ação de medida preventiva para se obter a inscrição provisional, isto é, o processo cautelar para se obter a inscrição provisional, em vez do pedido da inscrição

provisional em virtude de propositura da ação de retificação. No direito alemão, o *Widerspruch,* que aí se emprega, é ação cautelar, em vez de simples item do pedido de retificação, ou incidente. No direito brasileiro, *permite-se* a cautela sem ser em processo acessório. Nada obsta, portanto, a que, se compõem os pressupostos para o processo acessório, preparatório, se peça a inscrição provisória, com fundamento nos artigos 675, II, ou III, e *676,-verbo* —poderão‖ (o que mostra a exemplificatividade do arts. 676), e com o processo e eficácia conforme o arts. 677 do Código de Processo Civil. Se a ação não é proposta nos trinta dias, contados da inscrição provisional, cessa toda a eficácia dessa, *ex time.* A revogação ou modificação pode ser pedida (Código de Processo Civil, arts. 687). Devido ao art.

227 do Decreto n. 4.857, o pedido, como medida cautelar incidental, é superfluidade, embora possa ser feito.

4.VALIDADE DO TITULO E INVALIDADE DO REGISTRO. A ação de decretação de invalidade do título, ou de decretação de invalidade do registro, não permite a inscrição provisional do art. 227, *in une,* do Decreto n. 4.857 (K.

KOBER, *J. v. Stawdingera Kommentar,* III, 228; H. DERNBURG, *Das Bitroertiche Recht,* III, 185, nota 32). A medida é a do arts. 178, a), VII, do Decreto n. 4.857.

5.EFICÁCIA DA INSCRIÇÃO PROVISIONAL. A eficácia da inscrição provisional, qualquer que seja a natureza do pedido (n. 1, 2 e 3), é *erga omites (G.* SEKLER) *Die Lehre von der Vormerkung,* 295; G. PLANCK, *Korrmentar* III, 43 ed., 251; J. BIERMANN, *Saeheneckt,* 134; L. ROSENBERG, *Saehenrecht,* 485; sem razão: KUET Scrnu)E, *Die Unrichtigkeit des Grundbuchs,* 80; li. DERNBJRG, *Das Bitrgerliche Recht,* III, 186; H. WILLENBOCHEIt, *Das Liegenschaftsreeht,* 44). A inscrição provisional mesma pode ser retificada; e é decretável a sua invalidade (L.

ROSENBERO, *Saehenrecht,* 485; G. PLANa, *Kommentar,* III, 43 ed., 251).

O direito que a inscrição provisional tutela ainda não se reputa registrado. Não cabe a presunção de titularidade, nem a tutela da fé pública (O. PLANa, *Kommentar,* III, 251; J.BIERMANN, *Sachenrecht,* 135; L. ROSENBERG, *Sachenrecta,* 486).

6.TERMINOLOGIA DA LEI. Em boa técnica legislativa, o registro do art. 227, *in fite,* do Decreto n. 4.857, de 9

de novembro de 1939, seria —averbação‖, e não —inscrição‖. Obvia-se a um dos inconvenientes da sua terminologia e da sua técnica, aditando-se o adjetivo —provisional‖. Não é a única inscrição provisional que a lei de registros de imóveis conhece: é inscrição provisional a do art. 178, a), VI (das penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis) e VII (das citações de ações, reais, ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis). A inscrição provisional segundo o art. 227, *in fine,* e a segundo o arts. 178, a), VII, 13 e 2.8 partes, não tem os efeitos que teriam, especificamente, qualquer das outras; por isso mesmo, não impedem a execução. Assim, se o inscrivente tem legitimação para alguma daquelas, há de pedir que se proceda a outra inscrição provisional.

7.DIREITO ORIUNDO DA INSCRIÇÃO PROVISIONAL. O direito irradiado da inscrição provisional é intransferível, de si só, inempenhável e impenhorável. Se os direitos ao bem imóvel, de que se trata, são cedidos, a pretensão à retificação está cedida e, como ela, o efeito da inscrição provisional (O. PLANa, *Kornment ar,* III, 43

ed., 252; L. ROSENRERG, *Saehenrecht,* 487). A penhora, ou outra medida cautelar, que atinja o bem imóvel, de modo nenhum alcança a pretensão à retificação e ao direito oriundo da inscrição provisional segundo o arts. 227 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939.

A eficácia da inscrição provisional segundo o arts. 227 do Decreto n. 4.857 é *negativa: a)* encobre a fé pública do registro impugnado, porque fé pública é eficácia, que pode ser destruida, ou encoberta, tal como se passa com o exercício de qualquer exceção, e é o caso da inscrição segundo o arts. 227, só a fé pública é encoberta, razão por que persiste, por exemplo, o poder de dispor, dependendo do que se decidir, afinal, quanto à retificação, e é invocável por quaisquer interessados tal encobrimento de eficácia; *b)* suspende o prazo do arts. 589, *§* 2.0, se concerne a algum bem arrecadado por abandono (arts. 589, III) e o deferimento do pedido de retificação implicaria não ter havido abandono; *c)* suspende os prazos dos arts. 481 (sucessão definitiva de bens de ausentes) e 1.594

(Decreto-lei n. 8.207, de 22 de novembro de 1945). Não há efeitos positivos da inscrição provisional. Quem se fia da existência do direito à retificação obra a seu inteiro risco. Feita a inscrição provisional, não há confiar-se na inscrição provisional (é *menos* , nem no registro (está f *menos* f). Não suspende, tão-pouco os prazos de prescrição, nem os de usucapião.

8.PERDA DA EFICÁCIA DA INSCRIÇÃO PROVISIONAL. A inscrição provisional perde eficácia: *a)* se desaparece o direito que ela protegia; b) se desaparece a pretensão à retificação; *o)* se o que a inscreveu pede o cancelamento, ou se a justiça mandou cancelá-la; ci) se transitou em julgado a sentença que a mandou fazer. Não há cancelamento da inscrição, como tal, em virtude de não se saber quem a conseguiu (procedimento edital) : ter-se-ia de ir contra a pretensão à retificação, ou contra o direito protegido (EL PLANCK, *Xommentar,* III.~ 43 ed., 252; K.

ROBER, *J. von Staudingers Komment ar,* III, 229; sem razão, KURT SCHILDE, *Die Unriohtigkeit,* 82). O

cancelamento injusto (=inexaito) da inscrição provisional tira-lhe qualquer eficácia; e não se pode alegar o conhecimento da injustiça, por parte de alguém, para se negar fé pública ao registro (EL SExImt, *Die Lehre von der Vormerkung,* 294; J. BIERMANN, *Saohenrecht,* 136; L. ROSENEERO, *Sachenrecht,* 490; 1(. MAENNER, *Das Sachenrecht,* 76,

nota 17; sem razão: *EL* G4ITIIE, *Die Grundbuchordnung,* 525; G. PLANCK, *Kcnnmentar,* III, 252).

A inscrição provisional (Decreto n. 4.857, art. 227) ou a preventiva (Decreto n. 4.857, art. 178, *ai,* VI e VII) tona-se de todo ineficaz: a) se desaparece o direito real, a pretensão real ou a ação real, que se assegurava provisionalmente; *b)* se desaparece a necessidade da eficácia provisional, *e. g.,* se se pediu a retificação do registro que atribuía usufruto, uso ou habitação a alguém, e o usufrutuário, usuário ou habitador morre; *o)* se é cancelada (plano da existência) ; ci) se transita em julgado a sentença desfavorável em que foi pedida ou requerida a inscrição provisional, ou se, deferida em processo cautelar, foi levantada a medida de segurança (Código de Processo Civil, art. 687, *§* 2) ; *e)* se cessou o procedimento por outro motivo que a sentença desfavorável (art. 687, *§* 8.0) *f)* se, tendo sido deferida em processo preparatório, não foi em tempo proposta a ação (art. 677).

Discute-se se a perda de eficácia é só *ex nuno (L.* RosENBERO, *Sachenreoht,* 490; MARTIN WOLFF, *Lehrbuoh,* 27382.a ed., III, 186), ou se é *ex tu no* (K. 1~INSREIMER, Zwei Beitrâge zur Lehre vom Widerspruch, *Gruchots Beitrdge,* 69, 416). Não há resposta para tâdas as espécies: se a), ou 19, a eficácia e só *ex nuno;* se *o), depende* da decisão cancelatória; se ci), *e),* ou *f),* há retroeficácia.

§ 1.255.Inscrições preventivas (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, art 178, a), VI e VII) 1.MEDIDA CAUTELAR DE INSCRIÇÃO. A inscrição preventiva do art. 178, *a),* VI, l34. partes, do Decreto n.

4.857 (de penhoras, arrestos, sequestros e outras medidas cautelares), e a do art. 178, *a),* VII (de citações em ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis), tem muito de comum com a inscrição provisional do art. 227

do mesmo Decreto n. 4.857, sem que com ela se confundam. Também em relação à inscrição constitutiva segundo o art. 178, *a),* IX (do contrato de locação de prédio, com a cláusula de vigência para o caso de alienação da coisa locada; cf. Código Civil, art. 1.197, e direito emergencial). Essa é de eficácia temporária, porém não provisional. A inscrição provisional do art. 227 do Decreto número 4.857, como a do art. 178, a), 1.3 parte, assegura a alteração que pode vir a ser feita no registro; a inscrição do art. 178, *a),* VI, 1.~ parte, *verbis* —das penhoras‖, assegura a eficácia do adiantamento de execução; a do art. 178. a), VI, 23 parte, *verbie* — arrestos e sequestros‖, assegura a

eficácia da medida cautelar; a do art. 178, *a),* VII, 23 parte, a eficácia da futura sentença favorável eventual. As inscrições do art. 178, *a),* IX (do contrato de locação) e XIV (da promessa de compra-e-venda) são constitutivas de eficácia *erga omnes.*

As inscrições do art. 178, *a),* VI e VII, pressupõem e tem de assegurar a pretensão real (art. 178, *a),* VII, 13 parte), ou pessoal, dirigida à execução forçada, ou à pretensão à segurança (medida cautelar), ou à pretensão real, ou reipersecutória. Sempre, a m *utatio rerura futura.*

Todas elas se distinguem da *prenotação* (Decreto número 4.857, arts. 200-224) ou protocolização *(§§* 1.220, 1.238 e 1.245).

2.DISTINÇÕES QUE SE HÃO DE FAZER. Entre a inscrição por começo de execução (art. 178, ai, VI, 13 parte), a inscrição preventiva do arts. 178, a), VI, 28 e 8.8 partes, e VII. 2.8 parte, do Decreto n. 4.857, e as do art. 227 e art.

178, a), VII, 1.8 parte, há a diferença de que essas são como protestos, e aquelas como que preveem. Não escapou isso a HANS REICHEL (fie Vornierkung, *Jherírngs Jakrbiicker,* 46, 66):

—A contradita‖, isto é, a inscrição segundo o art. 227 e o artigo 178, *a),* VII, 13 parte, —protesta em nome de situação jurídica real já existente‖, —a premarcação‖, segundo a terminologia alemã, isto é, a inscrição segundo o arts. 178, a), VI e VII, 2.8 parte, —profetiza a regra jurídica da futura situação jurídica‖.

A inscrição preventiva, no direito brasileiro, com base no art. 178, a), VII, do Decreto n. 4.857, é de ação pessoal reipersecutória, ou de ação real. A ação de prestação futura, ou a ação fundada em pretensão condicionada pode ser inscrita conforme o art. 178, a), VII, do Decreto n. 4.851 *(aliter,* a da medida cautelar, se condicionada a pretensão, ou a termo). A ação do vendedor a retro (arts. 1.140) é inscritível segundo o art. 178, *a),* VII, do Decreto n. 4.857; bem assim, a que se funda em pacto da preempção (art. 1.149; G. PLANa. III, 181; O. SEKLER, *Die Lehre von der Vormerkung,* 28 s. e 84). Não importa se a ação é derivada de negócio jurídico entre vivos, ou a causa demorte.

8.ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES. O conteúdo da regra jurídica do art. 178, *a),* VI, do Decreto n. 4.857

não é limitado às penhoras, arrestos e sequestros; abrange todas as medidas de constrição, sejam em adiantamento de execução, *sejam*

cautelares; *e.* g., as dos arfa. 998 e 997 do Código de Processo Civil (adiantamento de execução), 689 (depósito preparatório) e 690-692 (caução necessária em causa pendente).

4.INSCRIÇÃO DE AÇÕES. O conteúdo da regra jurídica do arts. 178, *a),* VII, do Decreto n. 4.857 ainda é mais vasto. Abrange todas as ações, reais, ou pessoais reipersecutórias, uma vez propostas. Inscreve-se a citação, porque nela se contém o que concerne ao direito que se quer assegurar.

Sempre que a ação se dirige à atribuição de direito real imobiliário, ou de direito tendente a isso, a citação é inscritivel. Outrossim, se a ação concerne à alteração ou supressão do direite real de outrem, ou à mudança de grau.

O Lecreto nº 4 empregou as expressões —ações reais‖ e —ações repersecutórias‖ (subclasse das repersecutórias. que *equimica quod ex patrimonio nobis abest)*

Assim, cabe, por exemplo, a inscrição da citação a *) na* ação de nulidade ou de anulação do contrato, de que resultou estar a coisa fora do patrimônio do autor; que é resolução do contrato bilateral, por inadimplemento: b *)* ação do outorgado ‗por contrato de compra-e-venda, ;. outro negocio jurídico; c) na ação contra o credor hipotecario, se obrigou a liberar parte de prédio hipotecado, ou iodo o prédio hipotecado, ou a parte hipotecada; *e)* na ação derivada de. contrato a favor de terceiro; *f)* na ação contra o que momento, seja proprietário do prédio; g) na ação funcional pretensão à compra futura.

5.EFICÁCIA DA INSCRIÇÃO PREVENTIVA -. A eficacia inscrições preventivas do art. 178, *a),* VII, 1.2 e ~

a de toda medida cautelar, a possibilidade de inadimplemente da pretensão real, ou pessoal repersecutória, existia ao ser feita a inscrição preventiva; evita, portanto, a impossibilidade da prestação do devedor (E. SEGKEL. lhe Gestaltungsrechte, *Fest gabe filr* R. Kocn, 250) . O devedor continua com o poder de dispor do direito real, a despeito és. inscrição preventiva; apenas, as disposições são relativamente ineficazes, pois a ineficácia só se produz quanto àquele a favor de quem se fez a inscrição preventiva e na medida em que a disposição exclua ou atinja a pretensão (ineficácia subjetiva e objetivamente relativa). Se foi inscrita a penhora (art. 178, *a),* VI, 13 parte), a alienação é ineficaz, e *não* só em fraude da execução, bem

assim o arrendamento com entrega da posse. O concurso de credores do devedor, inclusive a falência, não afeta a pretensão que foi assegurada pela inscrição preventiva.

O grau da inscrição preventiva regula-se segundo os princípios fundamentais (W. TURNAU - K. FÕRSTER, *Das Liegenacha ftsrecht,* 1.8 ed., 159; O. SEKLER, *Das Wesen der Vorrnerkung,* 19).

6.CÓDIGO CIVIL, ART. 581. Se o que é devedor da prestação consta do registro como titular do domínio, ou de outro direito real, sem no ser, a inscrição preventiva contra Me não goza da tutela da fé pública. O que a obteve não na pode estender ao verdadeiro titular. Não há, ai, ato jurídico entre vivos, segundo o art. 581.

7.INSCRIÇÃO E TRANSMISSÃO OU GRAVAME. A transmissão do direito à inscrição preventiva de per si é inadmissível. Com a cessão do crédito, como com a transmissão da propriedade a causa de morte, ou do direito, traspassa-se o direito oriundo da inscrição preventiva. Por isso mesmo, é dispensável registrar-se essa transferência.

Se, na cessão, ou no testamento, se exclui a transmissão do direito que deriva da inscrição preventiva, extingue-se esse.

8.EXMPLO DA EFICÁCIA DA INSCRIÇÃO PREVENTIVA. A eficácia da inscrição preventiva extingue-se: a) pela extinção da pretensão que ela assegura, sem ser por adimplemento (sem que, para isso, seja preciso cancelamento); pelo adimplemento da prestação, *e. g,* na ação executiva, na ação real, ou na ação pessoal reipersecutória (sem que, para isso, seja preciso cancelamento); e) pelo cancelamento em virtude de fato jurídico, seja com o consentimento do titular, seja por eficácia sentencial *(e.* g., o figurante-titular obrigou-se ao cancelamento, houve usucapião); (1) pela cessão ou deixa da pretensão assegurada, em que se excluiu a transferência do direito oriundo da inscrição preventiva; *e)* se se extinguiu a medida de segurança *(e. g.,* o arresto ou o sequestro), ou se a penhora foi julgada nula, ou dela excluído o bem.

9.NATUREZA DAS INSCRIÇÕES PREVENTIVAS SE O DIREITO NÃO É REAL. Há-se de discutir a natureza das inscrições preventivas, em se tratando de inscrições de direitos que não são reais (Decreto n. 4.857, art. 178, *a),* VI, *verbis* —arrestos‖, e VII, *verbis* —pessoais reipersecutórias‖), o que torna a inscrição preventiva escapa a certos

princípios jurídicos só referentes a direitos reais preventívamente inscritos. Primeiro, a inscrição preventiva não gera a presunção que fala o art. 859. Segundo, não é dotada da fé pública do registro: o cessionário do crédito preventivamente inscrito não no adquire pela inscrição. Consequência: o direito preventiva mente inscrito continua de ser pessoal, se era pessoal, e o direito que deriva da inscrição preventiva é pessoal, e não real. Todavia, a doutrina esforça-se por precisar a construção, e alguns juristas, erradamente, lhe emprestavam natureza de direito real (MAx SCHERER, *Sachenrechi,* 57). Assim, H. OnmtNECK *(Das Reiohsgrundbuchrecht* 1, 43 ed., 450) e J. ICOHLER *(Lehrbuch,* 1, 858) pensaram em *obligatio in rem seripta;* outros, em *jus ad rem,* como O. VON GIERKE *(Die Bedeutung ~1es Fahrnisbesitzes,* 2 s.) ; L. ENNECCERUS *(Lehrbuch,* 1, 3Q3-34□8 ed., 174) falou de direito de aquisição, com efeito *erga omne8;* O. CROME *(Sustem,* 1, 176, nota 8), de direito expectativo (contra, A. VON TUHR, *Der Allgemeine TeU,* 1, 190);

K. HELLWIG *(Wesen und sub jektive Regrenzung der Rechtg)craft,* 254 s.) pensou em direito real de segurança *(dingliches Sicherungsrecht) ;* outros cogItaram de restrição do poder de dispor (HANS REICITEL, K. KOEER, L.

MIrTEIS). Não se pode negar que fá exista direito, e tal direito, como se passa na opção, não é expectativo, é direito que independe da eventual cessação ainda *ex tune.* Daí MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, 27.a~82.a ed., 144) caracterizá-lo como direito negativo de senhorio *(negativos Herrschaftsreoht)* . O direito nasce das inscrições preventivas do art. 178, *a),* VI e VII, do Decreta n. 4.857, não é real, pôsto que opere *erga omites,* em sua eficácia subjetivamente e objetivamente relativa. Não se pode assimilar à aquisição definitiva, como fez W. OTHMER *(Die rechtliche Wirkung der Vormerkung,* 80), o que seria identificar futuro e presente, quando só se trata de segurança, nem se há de pensar em pré-efeito (assim, G. HOPMANN, Anspruch des Bauhandwerkers, *Archiv flir Riirgerliches Recht,* 30, 226 s.). É direito anexo ao crédito, distinto dele (E. STROHAL, *Relativo tlnwirksamkeit,* 59; G.

PLANCK, *Kommentar,* III, □

4 a ed., 182), devendo-se repelir a construção que só aluda a atribuição ao crédito de eficácia negativa quanto ao sucessor singular e aos credores do devedor (sem razão, A.VON TuHR, *Der Aligemeine TeU,* 1, 236). Também é inadmissível a opinião de E. Fucns *(Grundbuchrecht,* 79, Probleme des Sachenrechts, *Gruchots Beitràge,* 46, Zur Lebre von der Vormerkung, *Leipziger Zeitschrift,* VIII, 139 s.) e E.

(Kommentar, 53 ed., 265.), que recorreram ao direito à mudança do registro, sob condição suspensiva. É

desacertado concluir-se que não há direito oriundo da inscrição preventiva, como faz A. VON TUHR, (1. 206 s., 236), seguido por L. ROSENBERO *(Sachenrecht,* 334) e por C. PREDARI *(Die Grundbuchordnung,* 211). Essa eliminação do conceito de direito e a redução do efeito da inscrição preventiva a simples *anotação,* a favor do direito assegurado, que faria a eficácia baixar à categoria da instrumentação pública e outros fatos só instrumentais, criariam grave problema para a teoria geral do direito. Não é o mesmo o que se passa com as cláusulas de inalienabilidade e outras restrições de poder, a que seria forçado equiparar-se a inscrição preventiva. Além disso, a própria inscrição preventiva da penhora não dá embargos contra a execução forçada, tal como daria a cláusula de inalienabilidade ou a de impenhorabilidade (L. ROSENRERG, *Sachenrecht,* 835; Voss, Relatives Verãusserungsverbot und Vormerkung, *lhe rings oohrbitoher,* 60, 345) ; o que faz ressaltar o erro dos que reduzem a inscrição preventiva a restrição qualificada de disposiçao, como II. DERNEURG *(Das Biirgerliche Recht,* III, 177), ou a restrição de disposição, como HANS REICHEL *(Di.e Umschreibung,* 6), ou restrição *md generis à* alienação.

Cumpre notar que as cláusulas de restrição de poder, como a de inalienabilidade, podem ter eficácia antes do registro (Decreto n. 4.857, art. 178, e), IV: —averbação‖), ao passo que a inscrição preventiva só a tem desde §le (J.

BIERMANN, *Saohenrecht,* 90; G. PLANCK, *Komrâentar,* III, 182; G. SEKLER, *Das Wesen der Vormerkung,* 4).

A interpretação da inscrição preventiva há de ser estrita (O.WARNEYER, *Kommentar,* II, 55). A permissão de inscrição preventiva é ato de disposição por parte do que a permite (E. STROHAL, *Kommt dem Vorgemerkten der 6ff entliehe Glaube des Grundbuches zustatten?,* 18 s.; E. FUCHs, Zur Lehre von der Eintragung, *Festoabe flir* RICHARD WILKE, 103 H. BONGARTZ, *Die Wirkungen der Vormerkung,* 70 s.; MEISER, Die Vormerkung des Auflassungsanspruchs, *Gruchots Beitrdgc,* 57, 598; L. RAAPE, *Das gesetzliche verãussergngsverbot,* 110 s.; M.

DRETFUS, *Die Verfiigung im 8GB.,* 118 s.; WUNDERLICH, *Eintragungsbewilligung,* 87).

Da inscrição preventiva irradia-se direito à eficácia em segurança; é ela medida cautelar de direito das coisas. Não se insinue que é condicional (cp. M. WEIGELT, *Vormerlcung und Widerspruch,* 7, com W. OTHMER, *Die rechttiche Wirkung der Vormerkung,* 7). O direito à inscrição preventiva não se há de confundir com o efeito real, que é criativo de direito, direito a que se não desconheça o encobrimento da eficácia. Porém não se trata de mero direito obrigacional à inscrição (E. SCHIIáDE, *Die Unrichtigkeit des Grundbuchs,* 14 s.; E. MAENNER, *Das Recht der Gt-undst"Ucke,* 58; O. STRECKER, *Die ailgeraeinen Vorschriftert des 8GB.,* 112), ou lado positivo da simples *obligatio in rem scripta* (H. OBERNECK, *Das Reichegrztndbuchrecht,* 254). É ineliminável a parecença com as restrições de poder (cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, ou impenhorabilidade). O direito à inscrição preventiva é direito a obter a eficácia (negativa, por ser consistente em encobrimento) de direito das coisas. O efeito real não é acidental, é o que se tem por fim quando se diz ter dirêQi ± o à inscrição. Não diz tudo, mas diz muito dizer-se que é proibição qualificada de alienar (TURNAU - FÕRSTER, *Das Ligenschaftsrecht,* 1, l. ed., 157; A.

KLUMPP, *Das deutache Grundbuchrecht,* 118). Para O. VON GIERKE *(Die Bedeutung des Fahrnisbezitzes,* 21), tratar-se-ia de *ina ad rem.* E', em Verdade, mais cientificamente, direito formativo gerador (ou modificativo), o que o aponta como *prius* em relação ao direito surgido da alteração no registro, que é direito das coisas *formado.* Quase até aí haviam chegado L. ENNECCERUS *(Das Biirgerliche Recht,* 1, *§* 147) e E. JAEGER *(Kommentar na Reichskonkursordnung,* 1.a ed., 188).

§ 1.256. Inscrição da penhora

1. EFICÁCIA DA INSCRIÇÃO. A penhora, só por si, torna ineficaz, quanto ao exequente, qualquer alienação de bem penhorado. Trata-se de proibição legal de alienação, pôsto que se baseie no ato *judicial* da penhora. Não se pode pensar, aí, em proibição judicial de alienar. Proibição judicial de alienar é outra coisa.

2.NATUREZA DA PROIBIÇÃO LEGAL. A penhora importa proibição legal relativa de alienar (nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* VI, 168 s.), a alienação seria relativamente ineficaz, por ser *in fraudem paratae executionis.* Qual, então, a eficácia da inscrição provisional da penhora, segundo o art. 178, *a),* VI, 13

parte, do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939? Tornar sem a

tutela da fé pública a aquisição ao terceiro que haja adquirido ao que adquiriu a despeito da penhora, esse, adquirido o bem, o adquiriu sem eficácia contra o exequente, mas o que adquire do nôvo titular já o adquire sem essa ineficácia relativa, uma vez que não foi ao penhorado que adquiriu. Com a inscrição do art. 178, *a),* VI, 13 parte, qualquer aquisição posterior é ineficaz.

A inscrição da penhora tem função semelhante, porém não idêntica à da inscrição do arresto ou do sequestro. Não cria direito real, estabelece eficácia *erga omites.* Quem tem direito real não precisa dela (na eficácia real está contida a que se desejaria), mas dela precisa quem tem, apenas, pretensão real ou pessoal reipersecutória e propõe a ação.

CAPITULO VII

ATOS JURIDICOS JUDICIAIS

§ 1.257. Atos jurídicos judiciais

1.ARREMATAÇÕES E ADJUDICAÇÕES. As arrematações e adjudicações em hasta pública (praça de juízo, ou leilão), se referentes a imóveis, tem de ser transcritas para que a transmissão da propriedade se dê. Se foi arrematado ou adjudicado em hasta pública direito à herança aberta, tem de ser transcrita a arrematação ou adjudicação para que se dê a transmissão do direito à herança aberta, ainda que da herança somente constem bens móveis, porque o direito à herança viva, só por si, é bem imóvel (art. 44, III). Faça-se o mesmo raciocínio quanto aos direitos reais sobre imóveis (art. 44, 19, que se arrematem, ou adjudiquem, procedendo-se ao registro com as formalidades peculiares.

Quanto às apólices da divida pública, gravadas com a cláusula de inalienabilidade (art. 44, II), que se arrematem ou adjudiquem, o registro é o que a elas corresponde, na repartição pública competente, por força de *lez special.s.*

2.AÇÕES DIVISÓRIAS. Os julgados nas ações divisórias tem de ser transcritos (Conselho de Justiça da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 24 de janeiro de 1935, *Á. J.,* 33, 483). Não é o mesmo ser

dono de metade de AH e ser dono de A e não mais de B. O mesmo raciocínio cabe a respeito de partilha em desquites, ou divórcios, nas divisões de coisas e no juízo de inventário, ou se há cônjuge sobrevivente meeiro (COrte de Apelação do Distrito Federal, 1.0

de abril de 1937, *A. J.,* 42, 332). Lamentável o acórdão da Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 17 de novembro de 1937 (R. F., 74, 74).

A 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 28 de março de 1930 (li. dos *T.,* 74, 93), decidiu: —Não é possível rogar, em face dos bons princípios de direito, que o art. 532, 1, do Código Civil, se refere também aos julgados que homologam as partilhas no juízo *familiae erciscundae.* O juízo divisono não está somente restrito às ações *communi dividunio,* em sua relação especifica. Ao contrário, como bem ensinam os escritores, a função capital daquele juízo é separar, de fato e de direito, os quinhões incluídos ou enlaçados pela comunhão, de maneira a atribuir-se a cada um dos respectivos titulares aquilo que legimamente lhe pertence. Semelhante escopo pode ser conseguido por meio das seguintes ações: *finium regrado-rum,* se a comunhão resulta da confusão de limites entre dois prédios: *familiae ercisoundae,* se a comunhão versa sobre coisas havidas por título universal ou de sucessão;

.*communi dividundo,* se a comunhão versa sobre coisas havidas por título singular. Acontece, porém, que muitas vezes, a partilha, nos inventários, não põe termo à indivisão, limitando-se, apenas, a fixar ou determinar a quota aritmética, ideal, de cada herdeiro na coisa, a qual continua assim em comum. Os julgados que homologam tais partilhas dispensam a transcrição, pois o 1 do citado art. 532 apenas exige o registro daqueles que puserem termo à indivisão‖. Poderia ter dito que, se não se pôs termo a indivisão. de regra é *inútil* a transcrição; mais: pode ocorrer que o herdeiro queira alienar a sua parte no imóvel, o que não poderia, pois a herança está indivisa e não seria registável o acordo de transmissão de parte eventual (cp. 83 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2

de maio de 1939, *R. F.,* 79, 473).

O art. 583 prestou-se a muitas interpretações impertinentes, principalmente por parte de juristas que, em vez de compreenderem que a função do intérprete é revelar o sentido de cada regra jurídica, ou a própria regra jurídica, em determinado sistema jurídico, subordinado, como todos os sistemas lógicos, a exigências semânticas, perdem tempo em zurzirem e apontar-lhe defeitos. O art. 588 diz: ?Os

atos sujeitos a ═transcrição (arts. 581 e 532, ns. II e III) não transferem , senão da data em que se transcreverem (arts. 856 e do, parágrafo único)‖. Os atos a que os arts. 531 e 532, II e III, se referem, ainda *de iure condendo* não transferem o dominio: O art. 531 cogita dos *acordos de transmissão,* que são negócios jurídicos entre vivos e não seria de admitir-se que transferissem a propriedade antes da transcrição; o art. 532, II, refere-se à aquisição de imóveis pelo credor da herança, em adjudicação, o que é, evidentemente, aquisição por ato jurídico entre vivos; o art. 532, III, à arrematação e à adjudicação em hasta pública, outra espécie em que a aquisição é entre vivos. Em nenhuma das três espécies o adquirente já tinha algum direito de propriedade sobre o bem.

a Quanto ao arts. 532, 1, o legislador evitou que se confundisse aquisição da propriedade com a troca judicial dizemos assim da *pars indivisa* pela *pars divisa,* tornada *res,* ou da *yars indivisa* do patrimônio pela coisa compreendida nele, ou da *pars indivisa* da herança pela *pars indivisa* de alguns bens. Só estava o falar da aquisição inicial, que é anterior à transcrição nas espécies do arts. 582, 1, e não no é nas espécies dos arte. 581 e 532, II e III.

8.PARTILHA. O formal de partilha precisa ser transcrito para que se operem os efeitos reais da partilha. Sem isso, o herdeiro é herdeiro da sua quota, e não dos bens imóveis partilhados (Conselho Supremo da COrte de Apelação do Distrito Federal, 20 de novembro de 1929, *R. F.,* 54, 805; Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, 29 de julho de 1940, *1?. do T. de A.,* II, 228; cf. sentença em *R. dos T.,* 76, ═255).

A procuração em causa própria não pode ser transcrita no registro de imóveis, porque não é titulo de transferência: falta-lhe o exercício da procura, com a assinatura do acordo de transferência (sem razão, a 13 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de fevereiro de 1949, *R. dos T.,* 179, 291, que transformou em contrato de alienação e acordo de transferência a procuração em causa própria).

O formal de partilha, com a transcrição, torna bem do herdeiro, e não mais da herança (=dos herdeiros), o que se achava no monte. Uma das conseqüências é que, antes da transcrição, o herdeiro somente pode ceder o direito à herança aberta, ao passo que, após ela, pode alienar o imóvel (a despeito da impropriedade das expressões usadas, decidiu nesse sentido a 2.8 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 29 de agOsto de 1947 e 21 de janeiro de 1949, *A.*

.7., 92, 148; cf. Conselho Supremo da corte de Apelação do Distrito Federal, 18 de agOsto de 1928, *A.* .7., IX, 149; Câmara Cível do

Tribunal de Apelação da Bahia, 11 de novembro de 1942, *R. de* .7. *B.,* 223, 55).

4.PLURALIDADE DE TÍTULOS JUDICIAIS. Se houve duas ou mais partilhas, ou .duas ou mais sentenças de divisão, ou duas ou mais cartas de arrematação ou adjudicação, referentes ao mesmo imóvel, ou duas ou mais cessões de direito à herança aberta, tem-se de observar, estritamente, o que o direito registário estabelece: a) o título apresentado ao oficial do registro de imóveis é prenotado no Protocolo, com a data da apresentação, o que só o oficial, ou, nos impedimentos e ausências ocasionais, seu substituto legal pode fazer; o número de ordem é que determina a prioridade (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, arts. 200-202) ; b) se dois ou mais títulos são sobre o mesmo imóvel e foram apresentados no mesmo dia, registrar-se & que tem data anterior (Decreto n. 4.857, art 207)

s) se apresentados em dias diferentes, o que importa é a data da apresentação (Decreto n. 4.857, art. 208). Na jurisprudência há, às vezes, certa impropriedade de dizeres, mas, em geral, tem-se atendido aos princípios. Assim, a 23 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 9 de setembro de 1941 *(R. dos T.,* 187, 752), decidindo pela prioridade da data do título, somente podia referir-se a cartas de arrematação ou de adjudicação apresentadas no mesmo dia: —Nos termos do art. 538 do Código Civil, os atos sujeitos à transcrição não transferem o domínio senão da data em que se transcrevem. Entre esses atos se compreendem as arrematações e adjudicações em hasta pública (Código Civil, art.

582, III), que,; portanto, transferem dito domínio no momento da transcrição. O titulo formal da aquisição em hasta pública há de ser, pois, a carta respectiva. Em consequência, devendo-se ter em conta a sua data para a declaração da prioridade, no caso de concorrência de títulos semelhantes, deve a mesma ser reconhecida em favor da que tiver sido expedida em data anterior. E assim deve ser porque a arrematação só é suscetível de transferir o domínio, desde a assinatura da carta, pois até esse momento, não obstante a assinatura do respectivo autor, podem ser julgados procedentes os embargos que porventura lhe sejam opostos, quer por terceiro, quer pelo próprio executado. Dêste modo tem entendido êste Supremo Tribunal É de notar-se que a carta de arrematação ou de adjudicação, como o formal de partilha, não transfere a propriedade, são apenas os correspondentes sentenciais dos acordos de transferência; são títulos para a transferência, que podem ficar prejudicados em sua eficácia para o registro se não apresentados antes ou no mesmo dia que outros

títulos de data posterior, embora de outra espécie (13 Turma, 81 de outubro de 1946, *R. F.,* 118, 409: —É preciso atender à prioridade da transcrição, quando, adquirido o imóvel, não é a transcrição providenciada pelo primeiro adquirente e é depois adquirido em praça por terceiro, que faz a transcrição em seu nome‖; preciso e exato, o acórdão da 23 Turma, a 6 de julho de 1948, 122, 116, em que foi relator ORosíMno NONATO: —A carta de arrematação não adquire eficácia de transmitir o domínio antes da transcrição. E

se esta se leva a efeito quando no título que se lhe opõe já se atendeu a tal formalidade, o princípio da prioridade terá de ser aplicado em toda a sua extensão. O registro é que assinala a transmissão, não obstante a solenidade da arrematação‖; 4ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 16 de dezembro de 1944, *A. .7.,* 77, 885).

Os atos sujeitos à transcrição ou são negócios jurídicos de direito privado ou documentos formais de sentenças (cartas de adjudicação ou de arrematação, formal de sentença de partilha, cartas de sentença de julgados em ação de divisão). Naqueles, há o negócio jurídico *mais* o acordo de transferência; nesses, é o Estado que, executando, no e fato sentido (r = fazendo passar de um patrimônio para outro, ou procedendo com tal finalidade), compõe o titulo, que é o correspondente, em direito processual, ao acordo de transmissão . O art. 588 foi claríssimo:

—Os atos sujeitos à transcrição (arte. 581 e 582, ns. II e III) não transferem o domínio, senão da data em que se transcreverem (arts. 856 e 860, parágrafo único) —. A jurisprudência, por vezes, ve na transcrição a tradição do imóvel (cf. 4ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 16 de dezembro de 1944, *A. .7.,* 77, 885), mas esquece-lhe que pode ter havido a tradição, pela entrega da posse, sem ter havido transmissão da propriedade, o que descobre o valor da imagem, na comparação. Outras vezes, a medo, toca no *punetum doliens* (por exemplo, a 23

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 9 de setembro de 1946, *1?. 9.,* 109, 468: —No nosso direito, o adquirente, antes de transcrito o seu titulo de aquisição no registro de imóveis, não assume a posição de *dominus,,* não é o senhor da coisa que convencionou adquirir, e, assim, não pode exercer a ação de reivindicação, que é, como pe sabe, elemento ou aspecto do domínio‖).

1.258. Aquisição a herdeiro aparente

1.HERDEIRO APARENTE E ALIENAÇÃO POR ELE. O que adquire o imóvel, porque estava transcrita a sentença de *adjudicação,* ou a de partilha, e dela constava ter sido o alienante herdeiro do bem, adquire a propriedade segundo os arts. 530, 1, e 531. O que sucede hereditariamente ao herdeiro aparente não pode invocar os arte. 530, 1, e 531; herda o que o decujo recebera pela sentença de adjudicação, ou de partilha, que se registrou. Para se explicar por que aquele, que adquiriu do herdeiro aparente, recebe a propriedade, sem ficar exposto às ações contra esse, não se precisa de descer à teoria sobre a legitimação do herdeiro aparente a dispor. Tudo se prende à fé pública do registro; e o conceito de —legitimação aparente‖, que aparece, por exemplo, em E. Brr'rí *(Teoria Generais dei Negozio giuridico,* 152), seria, terminológica e sistematicamente, errônea: a transcrição permite dispor, eficazmente, enquanto não se interpõem a inscrição provisional do art. 227 de Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, ou a inscrição preventiva segundo o art. 178, a), VII. Se o registro protege, com a transcrição, a aparência, a legitimação, que dele resulta, não é aparente; é verdadeira. É preciso não se confundir com o fundamento da regra jurídica a sua eficácia. Quando as leis tutelam a aparência, o que resulta da sua tutela não é aparente, é realidade jurídica, é efeito jurídico. Mais absurdo ainda é falar-se de legitimação de fato, como faz F. CARNELUTTI *(Teoria Generale dei Diritto,* 329; 2.~ ed., 173 e 176): nada há de fático em tais legitimações; são legitimações jurídicas, como outras quaisquer. OTTO VON GIERKE *(Deutaches Privarecht,* II, 575; *Die Redeutung des Fakrnisbesitzes,* 17 e 30 a) chamou à legitimação, em tais espécies, legitimação formal, ou, melhor, poder formal de disposição; mas está-se ai, como em todos os livros em que se busca aplicar a aquisição, segundo o livro fundiário, pelo —poder‖ do alienante, a menosprezar a situação que consta, objetivamente, do registro. Não há titularidade formal, independente da titularidade material; o que há é a titularidade segundo o registro, exposta às ações de alguém, o que põe o dono histórico do bem imóvel na situação de quem está sem a propriedade, como o possuidor sem ser proprietário estaria com a posse. O herdeiro aparente, após a transcrição, pode dispor, não porque se lhe dê, excepcionalmente, idoneidade a dispor, mas sim porque, pelo registro, pode dispor. O registro opera como a sentença em relação ao direito, que se mostra na *res deducta:* se injusta a sentença e rescindível, só a rescisão pode restabelecer o que judicialmente, pela sentença, se destruíra; se inexato o registro, só a retificação pode restabelecer o que, por ele, se destruíra. É degradar-se a figura da aquisição originária pelo terceiro, que se fiou do registro da sentença de adjudicação, ou de partilha, reduzir-se o ato do

herdeiro aparente a simples possibilidade objetiva (assim, destoando dos princípios, L. MENGONI, *L‟Ac quisto “a non domino”,* 70 s.), o que é ir além da concepção de P.

KRVCKMANN (Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein, *Archivo die civll4stiscl&e Prans,* 108, 823 s.). Com isso, tem-se de ir até à afirmação de se tratar de aquisição originária, como II. MSYEa *(Das Publizitâtsprinzip,* 95), não de —posse de direito‖ por parte do alienante, como, dúbiamente, queria E. 1CRUCK-MANN (108, 330 e 181). Ora, nada mais fora de propósito que se imaginar esse —ter, ajurídico e puramente fático, de direito‖. Toda essa divagação teórica provem do erro de se ter concebido a situação do que está no registro, como titular, em termos de situação de fato, a situação é jurídica, o que obteve a transcrição ou a inscrição é titular *secunaum taEnuas,* donde o seu poder de disposição eficaz. A alusão a *non domino* é resíduo do direito anterior ao sistema registrário; e ainda é resíduo dolo toda referência à titularidade formal, em contraposição à titularidade material. Não é essa que se faz prevalecer quando se vai contra o registro: investe-se contra o registro mesmo, que, derruido, deixa o *status quo ante.* No estado atual do direito brasileiro, não se precisa buscar qualquer explicação do poder de dispor do que é, segundo o registro, o titular. Não há a aparência de titularidade do direito, ou titularidade aparente *(Schefnberechtigung),* há a titularidade suscetível de ataque. O negócio jurídico simulado é; tem efeitos; o investido do direito de propriedade exerce-o, pode dele dispor; só o terceiro prejudicado, ou o Estado pode ir contra a sua posição jurídica. Na teoria da aparência jurídica há equívoco: em vez de contemplar o mundo jurídico, contempla o sub-mundo, o mundo em que o legislador cogitou de tutelar os interesses dos que confiaram na aparência. Traz para a dimensão da técnica jurídica o que é estranho a ela, porque se cifra em *motivação* de política legislativa. Se o herdeiro aparente tivesse por si, no direito brasileiro, a tutela da fé pública, e não somente a presunção do art. 859, não se poderia ir contra ele, desconstitutivamente. O que dele adquire negocialmente, porque a espécie, negócio jurídico entre vivos, se rege pelo art. 531, tem por si a tutela da fé pública. Dá-se o mesmo com o que recebeu o imóvel, por adjudicação em pagamento de dívida da herança, ou em arrematação ou adjudicação em basta pública: assiste-lhe a presunção do art.

859; não a tutela da fé pública. A desconstituição do ato judicial atinge-o. Não atinge o que dele, negocialmente, adquiriu, porque esse se fundou no registro para negociar: tem por si a tutela da fé pública. A teoria da aparência tem como não existente o que pode ser desconstituido, o que revela confusão entre plano da existência e

plano da validade. Titularidade desconstituível é titularidade, e não aparência de titularidade; legitimação atacável é legitimação, não é aparência de legitimação. Todos esses inevitáveis incidentes da vinculação dos direitos são frutos de composição legislativa de interesses; e conceitos que apenas sirvam de descrição meta-jurídica do que em tais espécies se passa não podem ser elevados à categoria de princípio de direito (sem razão, A. MANIGK, Das System der juristischen Hand lungen, *Jherings ,Jahrfriicher, 83,* 68;A. CICu, *Le Suo cessioni, 93; O.* Oppo, *Prof iii,* 151 s.), nem, *a .fortiori, à* de princípio geral de direito (P. KRÍCKMANN, Nachlese zur Unmõglichkeit, *Jherings Jahrbiioher,* 57, 162 e 169).

O que consta do registro como tendo herdado, sem ter sido herdeiro (herdeiro aparente), é titular de direito registrado, mas exposto às ações contra a transcrição, ações que supõem exame da sentença de habilitação e de partilha. Se nenhum remédio jurídico há mais contra o herdeiro aparente, nada mais se pode contra o registro. O

terceiro que dele adquire, negocialmente, é adquirente por aquisição derivativa. *Se ainda poderia ser acatada a posição do titular, e. g.,* se fOram propostas as ações rescisórias das sentenças sem se ter inscrito a citação, o terceiro adquiriu originariamente. O ato de disposição, que o herdeiro aparente alienante praticou, é apenas elemento do suporte fático da aquisição originária. Por onde se vê que os juristas acima citados somente viram aspectos particulares da espécie.

2.SUPORTE TÁCTICO DA AQUISIÇÃO E EFICÁCIA DO BECISTO.

O registro não sana deficiências do suporte táctico da aquisição. O herdeiro aparente, que conseguiu transcrição da sentença de adjudicação ou da partilha, não se faz herdeiro, nem o que obteve a transcrição do título nulo passa a ser proprietário por título válido. Para os terceiros, é o titular de direito; para o que devia, em vez dele, constar do registro, é o titular segundo registro retificável. Por isso mesmo, o terceiro, que adquire após a transcrição, não é apenas o titular de exceção contra o autor da petição de herança, é terceiro senhor da coisa, quiçá senhor e possuidor (no direito brasileiro, a propriedade imobiliária pode transmitir-se sem a transmissão da posse). O

herdeiro aparente é *non doininus,* enquanto não se dá a transação; depois, é dono, segundo o registro, embora retificável esse. O terceiro, que dele adquire o que foi do decujo, adquire, através do herdeiro aparente, como se esse herdeiro. Se o decujo não constava do registro,

e sim outrem, a transcrição da sentença de partilha ou da sentença de adjudicação não forra o herdeiro aparente, como não forraria o herdeiro vero, à ação de retificação do *dominus;* porém tal ação não pode ir contra o terceiro, que adquiriu por ato entre vivos, em que o herdeiro e o terceiro figuraram.

A transcrição torna eficaz *erga omnes* a partilha ou a adjudicacão; se a sentença é rescindida, ou o dono do imóvel vem contra os herdeiros com a ação de reivindicação e conseqüente retificação, é só entre eles que se discute, e o terceiro, que adquiriu dos herdeiros, está imune à eficácia da sentença, se não houve, *antes da aquisição,* a inscrição provisional ou cautelar. Tanto a ação de rescisão de sentença quanto a de reivindicação são inscritíveis.

3.TITULO ONEROSO E TITULO GRATUITO DE AQUISIÇÃO. Em alguns sistemas jurídicos, é pressuposto da aquisição pelo terceiro, se não estava provisionalmente inscrita ação contra o registro, em que se fiou, o ser oneroso o titulo da aquisição. Não assim no direito brasileiro. (A distinção entre aquisição a titulo oneroso e a titulo gratuito somente tem relevância na pretensão por enriquecimento injustificado, art. 966.) O verdadeiro herdeiro pode ir contra o que obteve o inventário, a partilha ou a adjudicação e a transcrição; não pode ir contra o terceiro que obteve, negocialmente, do herdeiro apare»-te a propriedade. O direito brasileiro não riscou dos negócios jurídicos, de que se cogita, a doação; quem não pode repelir o herdeiro vero é o herdeiro do . herdeiro aparente, porque lhe sucede na legitimação passiva às ações do herdeiro vero. Não se invoque, para se lhe equiparar o donatário, a propósito, o art. 1.165, *verbis* —transfere do *seu patrimônio",* porque, feita a transcrição, o bem está no patrimônio do herdeiro aparente. O herdeiro aparente transferiu o que era seu, ao doar, como se, em vez de doar, o houvesse alienado a titulo oneroso. Assuidade, que se exige no art. 1.165, é *do* patrimônio, e do bem, mas, se havia motivos de política jurídica, que aconselhariam o legislador a distinguir a aquisição a titulo gratuito e a aquisição a título oneroso, essa distinção; *de jure condito,* não foi feita. Quanto aos móveis, a tradição será *ineficaz,* segundo o art. 622; *eficacizável,* a favor do adquirente de boa fé, se o alienante vier a adquirir a propriedade. A doação, no direito brasileiro, é contrato real. A atribuição patrimonial do doador enriquece o donatário. Não é preciso, sempre, que haja transmissão de propriedade; de modo que, ainda se e herdeiro aparente, após a transcrição, não tivesse direito de propriedade, algo estaria doado. Tal argumento serve e basta a que se não pense em princípio *a priori* para se dar diferente tratamento à aquisição a titulo gratuito. (No direito italiano, tem-se entendido que a

doação de coisa alheia é nula, L. CARIOTTA-FERRARA, *1 Negozi sul patrimonio altrui,* 379 s.; MAaoí. *Deite Donazioni,* 298 s.; D. BAnana, *Sistema,* II, 265; BALa!, *Saggio suíla donazione,* 156. Se não existe nada do que se doou, faltou o objeto. Onde a nulidade? Seria de pensar-se em inexistência. Por conseguinte, no direito brasileiro, no caso da doação do imóvel transcrito em nome do doador, a despeito da inentidão a retificar-se, há aquisição originária, cf.

art. 530, 1; no caso do móvel de que se fez tradição, também, dá-se, segundo o art. 622, ineficácia, isto é, a respeito do dono, não se opera a transferência, se o titulo é *nulo.)*

A respeito de compra-e-venda e de doação é preciso que se atenda ao que mais importa do que o ser oneroso aquele contrato e gratuito esse: aquele é consensual; esse, não. Se não houve transferência do domínio ou do direito real, não houve doação, como também não haveria, tratando-se de empréstimo de coisa fungível, mútuo. A compra-e-venda da coisa alheia é sem possibilidade de eficácia *real* antes de o alienante adquirir a propriedade; a doação da coisa alheia não a tem, salvo se sã se doou posse ou pretensão *à* aquisição da propriedade ou incidiu o art. 530,1.

4.TRANSIÇÃO DA SENTENÇA DE PARTILHA. A eficácia da transcrição da sentença de partilha, ou da sentença de adjudicação ao herdeiro, de modo nenhum estabelece entre os herdeiros aparentes ou o herdeiro aparente e os herdeiros veros ou o herdeiro vero qualquer eficácia inafastável. Entre esses, o que importa é o titulo hereditário: após a transcrição, a ação de petição de herança tem, apenas, de se cumular com a de retificação do registro. Para que os réus não alienem eficazmente, é preciso que se inscreva preventivamente a ação proposta (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, a), l.ª parte), ou se inscrevam as ações propostas (art. 178, a), VII, 1.8 parte, e 227). Outrossim, tendo o decido alienado, em vida, o bem, os herdeiros e os legatários, aparentes ou verdadeiros, não se põem, com a transcrição, a salvo das ações daquele adquirente entre vivos: os herdeiros ficam, frente a Esse, como estaria o alienante, tendo-se de respeitar o direito do adquirente que ainda não levara a transcrição o seu titulo. Se trata de legatário, o legado foi de coisa de outrem (artigo 1.678). A finalidade da transcrição da sentença de. partilha, ou da sentença de adjudicação, é assegurar a continuidade das transcrições.

Qualquer quebra da continuidade tem a conseqüência de deixar o que obteve, o registro aposto às ações do que dele constava como titular. Toda lacuna, que escapou ao oficial público (Decreto n. 4.857, art.

214), é sinal de eventual aparição de quem venha contra o registro. A transcrição, ainda em tal caso, produz os seus efeitos, exceto o de ficar incólume ao passado: não é a pessoa, que a requere, que lhe dá relevância jurídica; e ela, em si-mesma. A sua relevância é objetiva. A vende o imóvel a E, e E a C e a D, sucessiva-mente; C vende-o a E, e D a E. Nenhuma transcrição foi feita, até que E leva o seu título à transcrição. O oficial deve inquirir do encadeamento das aquisições (Decreto n. 4.857, art. 214), porque o imóvel, *ex himthesi,* não está lançado em nome do outorgante. Se, todavia, se faz a transcrição, começa a responsabilidade do Estado e a do oficial do registro, se tal lacuna da ordem do registro não se supre. Se E leva o titulo de A a E, o de B a C e o seu à transcrição, não pode o oficial do registro negar-se a transcrever os títulos. Se apresenta E, com os títulos de A a E, de E a 13 e de D ao apresentante, o oficial do registro deve levantar dúvida quanto ao registro; porque do título, que transcreve, consta ter sido outorgante E e dos dois, que se lhe apresentam, D, e não O, e E, e não E, são os outorgados, respectivamente. O juiz, decidindo a dúvida, tem de negar esse registro (Decreto n. 4.857, arts. 218, parágrafo único:

—A denegação do registro não- impedirá, porém, o uso do processo contencioso competente‖) . Se A aliena a O, antes de ser transcrito o titulo de E, e O apresenta a registro o seu titulo, o oficial já o não pode transcrever, se consta do registro, *agora,* como titular, *E,* a despeito da lacuna. Tem de levantar dúvida, que o juiz resolve, sem se excluírem as ações dos interessados. Se o oficial transcreve o título de O, F teria de ir contra 04 mas está em situação de inferioridade, porque não se pode atacar a O com a preferência a favor de E, menos ainda a favor de O

ou D. Se antes de se dar a aparição de 0, E aliena a II, que obtém a transcrição, o título de O não deve ser transcrito, porque já o direito de H é imune a ações de quem quer que seja: tem por si a fé pública do registro. Se o oficial do registro, não obstante, transcreve o título que lhe leva O, tem H pretensão à retificação contra O e contra quem dele seja sucessor sem ser por título negocial entre O e o outorgado.

5.ANTES DO TRANSITO EM JULGADO E DEPOIS DO TRÂNSITO EM JULGADO. --- a) Antes de sentença trânsita em julgado, nenhuma certidão relativa ao herdeiro, não-transcritível, lhe dá poder para alienar o imóvel, com idoneidade para a transcrição. A decisão final de ação de petição de herança tão-pouco é transcritível, porque

~é se trata de ação declarativa, com eficácia só *inter partes.* Tem-se de proceder a inventário e partilha ou adjudicação. A propositura da ação

de petição de herança nermite a inscrição preventiva do art. 178, a), VII do Decreto n. 4.857; a *fortiori,* a sentença, trânsita, ou não, em julgado. *14* Depois da sentença de partilha trânsita em julgado, se alguém se apresenta, antes dos herdeiros, com título, oriundo do decujo, tem o oficial de justiça de atendê-lo. A sentença, publicada, nada constituiu, nem mandou ao oficial de justiça, a quem todo mandado há de ser de conteúdo concreto (apresentação do título registável). e) Se foi transcrita a sentença de partilha, mas alguém se apresenta com titulo oriundo do decujo, o oficial do registro está diante de título que provém da mesma pessoa de quem se diz herdeiro ou se dizem herdeiros os que fizeram transcrever-se a sentença de adjudicação, ou a sentença de partilha. É como se o título proviesse do herdeiro ou dos herdeiros, sucessores *in lotum et ius.* Muito diferente é a situação, se o herdeiro ou herdeiros alienaram a terceiro, que tem por si a tutela da fé pública. Contra esse, ou esses, cessou o direito do que obtivera o bem do decujo e não transcrevera, em vida, ou depois da morte mas antes da transcrição do título do que adquiriu ao herdeiro ou herdeiros, o seu titulo. Se, em vez do herdeiro, ou dos herdeiros alienarem a terceiro, que tem por si a tutela da fé pública, aquele falece ou aquele falecem, o direito do que obteve do decujo o bem continua contra os sucessores hereditários do herdeiro, ou dos herdeiros, ainda que seja transcrita a segunda partilha.

Todavia, como a partilha consta de sentença, transita em julgado, e, *ex hypothesj,* houve o registro, do oficial público tem de aguardar que o interessado, ofendido pela inclusão do bem no inventário, proponha as ações que lhe caibam contra os herdeiros? De modo nenhum. A eficácia sentencia] só é entre partes.

Se, no mesmo dia, se apresenta sentença de partilha em que está o bem e titulo oriundo do decujo, a esse é que cabe a prioridade.

6.DISPUTA ENTRE O HERDEIRO VERO E O HERDEIRO APARENTE. Em conflito com o herdeiro vero, o herdeiro aparente está desarmado. O título transcrito nem cria direito, nem no cria a transcrição da sentença de adjudicação ou de partilha. Entre o herdeiro vero, o que adquiriu ao decujo e o herdeiro aparente, tem de ser atendido o direito do segundo. Entre os três e o que adquiriu do herdeiro aparente, é esse que fica incólume ao conflito que poderia ter existido entre aquele. Se o que adquiriu do herdeiro, ou do herdeiro aparente, e o que adquirira do decujo ainda não apresentaram à transcrição os seus títulos, o oficial do registro, ao serem apresentados no mesmo dia, tem de transcrever e titulo do que adquiriu ao decujo, porque foi

a primeira escritura lavrada (Decreto n. 4.857, art. 208, 1.8 parte: —Se as escrituras forem de dias diversos, prevalecerá, quando apresentadas no mesmo dia, a que primeiro foi lavrada‖). Apresentado o titulo, oriundo do herdeiro, vero ou aparente, que já consta do registro, um dia antes de o ser o titulo do que negociou com o decujo, aquele é que há de ser transcrito Se ainda não se transcreveu a sentença de adjudicação, ou a de partilha, não há pensar-se em transcrição do titulo do que adquire ao herdeiro, vero ou aparente: só o título oriundo do decujo pode ser transcrito. Em tudo isso, ressalta a relevância jurídica da transcrição da sentença de adjudicação, ou de partilha, para a continuidade do registro, se bem que não tenham os herdeiros a tutela da fé pública.

7.INSCRIÇÃO DE AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. Se, antes de qualquer alienação pelos que constam da adjudicação, ou da partilha, que foi transcrita, alguém inscreve, provisionalmente, a ação de petição de herança *(.ereditatis petitio),* conforme o art. 178, a), VII, do Decreto n. 4.857, está excluida, por encobrimento provisional, a fé pública do registro. (No direito italiano, para se lhe explicar o art. 534, 3.‘), tem-se falado de se tornar inadmissível, após a —transcrição‖ da ação de petição de herança, a boa fé do terceiro, cf. C. MAIORCA, Delís Trascrizione, *Commentariro* de D‘AMELIO, 235 a., e F. MESSINEO, *Dottrina generale dei Contratto,* 3.~ ed., 319; mas a concepçãn brasileira é diferente.) Toda alusão a presunção absoluta ou relativa é descabida. A fé pública que se originara da transcrição está encoberta. Tão-pouco é de admitir-se que a litispendência sobre o título do autor equivalha à inscrição provisional. O art. 895, 1, do Código de Processo Civil considera em fraude de execução a alienação do bem quando sobre ele for movida ação real ou reipersecutória, exatamente as ações cuja citação pode ser inscrita (Decreto n. 4.857, art. 178, a), VII); mas, aí, há apenas ineficácia relativa a favor do exequente, *enquanto mio se transcreve o titulo do adquirente.* A inscrição provisional impede a transcrição. A fé pública está encoberta.

Não importa se terceiro adquiriu ao terceiro, se ambos não tiveram os seus títulos transcritos antes da inscrição provisional. (Escusado é advertir-se em que a Inscrição de nenhum modo obsta à aquisição por usucapião.) Se a sentença foi contrária ao autor, todos os títulos apresentados para a transcrição prenotados (Decreto n. 4.857, nts.

200-202 e 205) e não transcritos (Decreto n. 4.857, arte. 215-218) passam a ser transcritiveis, pela extinção *ex tune* da eficácia da citação inscrita. Por isso mesmo, a ação que o terceiro proponha (Decreto n. 4.857, art. 218, parágrafo único), ou a citação para a relação jurídica

processual *(e.* g., Código de Processo Civil, arts. 92 e 93, 95 e 101), cuja citação foi inscrita, é, por sua vez, inscritivel.

§ 1.259.Resolução por inadimplemento e aquisição pelo terceiro

1.RESOLUÇÃO POR INADIMPLEMENTO. A ação de resolução por inadimplemento (art. 1.092, parágrafo único), se o réu alienou o imóvel e foi transcrito o título negocial, não pode ir buscar ao terceira o bem. Tudo se resolve em prestação de perdas e danos, por parte do réu vencido. Tentou-se *(e. g., G. G.* AULETTA, *La Riso1uione per inaderavimeitto,* 276) ver no terceiro, que adquiriu do réu, e no réu dois adquirentes do mesmo autor, de modo que a tutela da fé pública não ampararia tal terceiro. Sem razão. A sentença não tem retro-eficácia real. A espécie nada tem com a resolução da propriedade (arts. 647 e 648).

2.SENTENÇA ~ TRANSCRIÇÃO; EDITAL. Se a aquisição pelo terceiro não foi transcrita, a sentença é oponível a ele, ainda que não tenha sido inscrita a citação, *enquanto não se dá a transcrição.* Também ocorre isso quanto à sentença de anulação por simulação, ou outro motivo, e quanto à sentença declarativa da qualidade de herdeiro, pois a transcrição só é tempestiva se anterior à inscrição ou à oposição à transmissão. Um dos meios para se estender a eficácia da sentença aos terceiros é o edital, a que corresponde a inscrição; a citação do terceiro na causa é extensão relativa a ele, por se tratar de citação a um, e não a todos os interessados. A própria citação edital de um terceiro não tem eficácia quanto aos outros possíveis interessados. Daí a vantagem da inscrição.

CAPITULO VIII

CANCELAMENTO. RESPONSABILIDADE DO OFICIAL DO REGISTRO

§ 1.260. Cancelamento

1.Registro E EFICÁCIA. O registro faz-se pela transcrição e pela inscrição, ou pela averbação, *desde* a prenotação.

O cancelamento ou radiação opera-se segundo o art. 288 do Decreto n.

4.857: —O cancelamento efetuar-se-á mediante certidão, escrita na coluna das averbações do livro competente, datada e assinada pelo oficial, que certificará a razão do cancelamento e o título em virtude do qual ele foi feito‖. É, pois, averbação qualificada ou cancelativa, contra-transcrição, contra-inscrição, contra-averbação, contra-prenotação. O cancelamento é intelectual, e não material: não se risca, nem materialmente se cancela; diz-se, na coluna das averbações, que o registro, de que se trata, fica cancelado. Nem sequer se sublinha com tinta diferente; ou se apõe qualquer sinal. É

preciso que lhe sirva de base acordo, ou, quando for o caso, declaração unilateral de vontade, ou sentença já trânsita em julgado. —O cancelamento‖, diz o art. 289 do Decreto n. 4.857, —poderá ser total ou parcial e se referir a qualquer dos atos do registro, sendo promovido pelos interessados, mediante sentença definitiva, ou documento hábil, ou, ainda, a requerimento de ambas as partes, se capazes e conhecidas do oficial‖. —O cancelamento não poderá ser feito em virtude de sentença sujeita a recurso, qualquer que seja seu efeito, mesmo o de recurso extraordinário, interposto para o Supremo Tribunal Federal‖. Tem-se, pois, de esperar que expire o prazo para interposição do próprio recurso extraordinário. Se assim não fosse, o cancelamento estaria exposto a discussão e posterior re-cancelamento.

Escusado é dizer-se que se faz preciso o trânsito em julgado para todos os figurantes do processo, isto é, para todos os que poderiam ter recorrido ou recorreram.

2. DO REGISTRO E CANCELAMENTO. Aquele contra o qual existe e tem eficácia o registro é sempre legitimado à iniciativa do cancelamento. Há, porém, exceções à regra:

a) o cancelamento da servidão, quando o prédio dominante está hipotecado, só se pode fazer com aquiescência expressa do credor (Decreto n. 4.857, art. 290); *1,) a* prenotação ou protocolização (Decreto n. 4.857, arts. 200-202, 215-218) cancela-se por efeito de decisão do juiz, que julgue procedente a dúvida do oficial do registro (Decreto n.

4.857: —Decidindo o juiz que a dúvida procede, o respectivo escrivão remeterá, incontinente, certidão do despacho ao oficial, que cancelará a apresentação, declarando, nas linhas deixadas em branco, que a dúvida foi declarada procedente, e arquivará a sobredita certidão‖); *e)* se houve nulidade provada (Decreto n. 4.857, art. 229), ou se foi decretada essa em ação própria, ou como incidente *(e. p.,* Decreto n. 4.857, art. 230).

Ao oficial do registro nunca se permite cancelar, de oficio, o registro. O art. 229 do Decreto n. 4.857 estabelece: —As nulidades, de pleno direito, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta‖. Não é, porém, o oficial, mas o juiz, que as decreta. A única espécie, em que o oficial tem competência de oficio, é a respeito de corrigida de —enganos evidentes, cometidos no registro‖, que —não possam acarretar prejuízos a terceiros, os quais serão corrigidos pelo oficial, com as devidas cautelas‖ (Decreto n. 4.867, art. 228, *is fite).* Oficial de registro nunca se pode atribuir o cancelar de oficio. Resta saber se tem Me e pode exercer a ação para o cancelamento. Essa questão de legitimação ativa tem de ser resolvida pela afirmativa. A ação é inútil, se há o acordo dos interessados, ou decisão com eficácia mandamental (Decreto numero 4.857, art. 289).

§ 1.261. Cancelamento do registro

1.O QUE É CANCELAR. Quando o registro é indispensável à existência ou à transferência de direitos reais, é preciso que se cancele *risque* para que se dê a baixa, a desaparição, senão sempre do direito, pelo menos da *realidade* do direito. *Cancelar* é riscar, de *canceili (cancer),* que VANICEK *(Etymologisches Wôrterbuch der lateinischen Sprache,* 2~a ed., *46)* acreditava provir de *cingo,* porém mais certo é que tenha a mesma fonte que *câncer,* caranguejo, cancro. Cancelar é destruir. Aliás, esse *e* é primitivo, típico dos sons derivados de *k,* comum a símios.

No direito permanecem os dois sentidos o de riscar como o copista risca o que escreveu, e o de *elidir* ou fazer desaparecer alguma relação jurídica ou parte dela.

No direito brasileiro, cancela-se por averbação, e não por traços por sobre o registro.

2.QUEM PODE PEDIR CANCELAMENTO. O que tem algum direito real, autonomamente registável, pode, por unilateral declaração de vontade, pedir o seu cancelamento. Trata-se de negócio jurídico unilateral, quer por declaração de vontade privatística, quer por ato de direito público. Vale tanto quanto o negócio jurídico gerador do direito real. É negócio jurídico abstrato. Importa *destruição* do direito real. Vale, ainda quando surge do que não tem direito a ter tido o registro, e só o obteve por culpa do proprietário (MARTIN WOLFF, *Lehrbueh,* III, 27Y-82.~ ed., 108), ou do oficial do registro. A declaração tem de ser perante o oficial do registro ou levada a ele

(apresentada). O

negócio jurídico que ela supõe é dependente da forma que se exige aos atos relativos a bens imóveis; a declaração de vontade de cancelamento, não. O Código Civil, no art. 589, preve a perda da propriedade imóvel pela —renúncia‖.

Do outro lado, não há ninguém: há o público, a sociedade (K. P. F. nu CHESNE, Begriff und Arten des Verzichts, *Archiv for Riirgerliehes Recht,* 42, 307)

Se, para se cancelar o direito, é preciso que alguém assinta, *e.* g., se quer renunciar ao domínio e o bem está hipotecado, é necessário que o titular do direito ou da pretensão figure no negócio jurídico unilateral, mas a declaração dele, assentindo, pode ser por si-mesma renúncia de outro direito real. Pode ser que se trate apenas de assentimento à alienação ou renúncia de direito alheio, como o da mulher quanto aos bens imóveis particulares do marido.

A assentimento dado é irrevogável, se bem que condicionável (H. SIBER, *Buchrechtsgeschttft,* 101) Se o assentimento falha, houve *renúncia* e apenas o cancelamento é ineficaz quanto ao terceiro, cabendo, *também,* a esse a ação de retificação do registro quanto ao seu direito (Código Civil, art. 860). Não há, aí, anulabilidade. (Sem razão, E. STROHAL, *Relative Unwirksarnkeit,* 25 s.; A. VON TUER, *Der Áligemeine Teu,* II, -1. parte, 75, à nota 80. Certo, MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* fl, 27Y-3.ª ed., 109.)

O cancelamento pode precisar de consentimento de outrem, ou de assentimento. Se o bem é comum, mas, segundo o registro, pertence ao cônjuge que o adquiriu, por ter sido posterior o casamento, são pressupostos necessários à existência do pedido de cancelamento o consentimento do cônjuge que o adquiriu, entre vivos ou *mortis causa,* e o do outro cônjuge. Se o prédio é particular de um dos cônjuges, o que se há de exigir é assentimento do outro. Idem, quanto às servidões, em relação ao credor hipotecário, porque esse assente, não consente (Decreto n. 4.857, art. 290:

—O cancelamento da servidão, quando o prédio dominante estiver hipotecado, só poderá ser feito com aquiescência do credor, expressamente manifestada‖). O enfiteuta pode inscrever a renúncia de servidão, nos casos dos artigos 709 e 710 do Código Civil (Decreto n. 4.857, art. 292).

3.NEGOCIO JURÍDICO BILATERAL. O cancelamento pode ser em virtude de negócio jurídico bilateral. A construção é a mesma que se tem no negócio jurídico bilateral para a transcrição e os mesmos os princípios.

4.TRANSCRIÇÃO NULA. Fala-se de cancelamento da transcrição nula, e aí o que se dá é retificação, ou execução de sentença constitutiva negativa; ou mandamental, com efeito constitutivo negativo.

5.ALTERAÇÃO. Não é cancelamento a alteração no conteúdo do direito de propriedade. Aqui, não se cancela, não se risca; apenas se altera, se muda. *E.* g.: em vez de serem pagos anualmente, vão ser pagos mensalmente os juros; ao usufruto a mudança substitui o uso ou a habitação. Para as mudanças são de mister os consentimentos de todos os que seriam prejudicados por elas, ou se a lei lhes exige o consentimento ou assentimento. A mudança opera, exceto quanto a esses, salvo se a lei não o permite. Não se pode alterar contra a lei o conteúdo de quaisquer dos direitos reais.

6.EFICÁCIA. A transcrição opera seus efeitos enquanto subsiste. Prova o domínio, *erga omnes,* salvo se a destrói sentença que julgue a reivindicação ou outra ação *explicitada* pela decretação da nulidade do registro (ação constitutiva negativa, com efeito mandamental). Assim, a Corte de Apelação do Distrito Federal, a 26 de abril de 1927

7.AÇÃO E RECONVENÇÃO. O cancelamento da transcrição pode ser pedido em ação ou em reconvenção. É ação por si. Cumula-se, ou é pedido incluso, necessariamente ou útilmente, noutro, porém, de qualquer modo, *petitum.* O

autor ou reconvinte propõe ação *constitutiva negativa,* porque vai a juízo demandar que se decrete a nulidade da transcrição feita. Em casos de mera retificação toma o aspecto mandamental, pela insuficiência do elemento constitutivo negativo.

§ 1.262. Cancelamento voluntário e judicial

1.TOTAL OU PARCIAL. O cancelamento, qualquer que seja (exceto o do art. 246), pode ser *total* ou *parcial,* referir-se a algum ato do

registro, ou, apenas, a alguma proposição, ou expressões, ou letras. As regras de interpretação do ato judicial de que resulta e cancelamento são as regras de interpretação das sentenças, e não as da interpretação dos negócios jurídicos, nem, a *fortiori,* as da interpretação das leis. Se teve outro título desconstitutivo, seguem-se as regras da interpretação respectiva.

2.REQUISITOS. Não há cancelamento sem: *a)* sentença formalmente trânsita em julgado, ou *b)* documento hábil, *e. g.,* instruções para execução de lei que ordene o cancelamento dos direitos reais extintos, ou e) requerimento de ambas as partes, se capazes e conhecidas do oficial. É o que se lê no art. 289 do Decreto n. 4.857: —O cancelamento poderá ser total ou parcial e se referir a qualquer dos atos do registro, sendo promovido pelos interessados, mediante sentença definitiva, ou documento hábil, ou, ainda, requerimento de ambas as parte, se capazes e conhecidas do oficial‖. Esse requerimento, dir-se-á, não é desacompanhado de prova de que se eliminou a razão do registro: ao usufrutuário e ao nu proprietário não bastaria irem a cartório requerer que se cancelasse o registro. A escritura pública que se exigiu para a constituição do direito não teve o fito de resguardar a importância do futuro direito real, de modo que esse direito real pode desaparecer com simples requerimento de ambas as partes. Naturalmente, quando se trata de declaração unilateral (renúncia), basta que o requeira o renunciante, salvo regra legal especial.

Um dos casos é o de que trata o art. 292 do Decreto n. 4.857: —O foreiro poderá inscrever a renúncia do seu direito, sem dependência do consentimento do senhorio direto, nos termos do art. 687 do Código Civil‖. Má casos em que pessoas que não são o sujeito ativo ou passivo da relação jurídica precisam assentir no cancelamento voluntário, como a mulher casada, ou o marido, a respeito de bens particulares, ou o credor hipotecário do prédio dominante (Decreto n. 4.857, art. 290: —O cancelamento da servidão, quando o prédio dominante estiver hipotecado, só poderá ser feito com a aquiescência do credor, expressamente manifestada‖). Note-se a diferença entre não poder o oficial do registro levantar dúvida quanto ao registro de escritura de imóvel em que não aparece assentimento da mulher, ou do marido, e o ter de exigir esse assentimento quando se requeira cancelamento no qual deva assentir. Aqui, o negócio jurídico é perante o oficial e destrói relação de direito em que o cônjuge deve assentir; ali, o registro já é posterior ao negócio jurídico e com ele se pede a realidade do direito. O oficial não pode apreciar as anulabilidades do negócio jurídico cujo título se lhe apresenta, mas deve evitar que

anulabilidades se produzam em negócio perante ele.

Ainda a respeito de servidão, estatuíu o arts. 291 do Decrete n. 4.857: —O dono do prédio serviente terá direito a cancelar a servidão nos casos dos art~. 709 e 710 do Código Civil‖.

Mais uma vez frisemos a diferença entre *consentir* e *assentir.* Os cônjuges consentem na alienação do prédio comum: *consentem.* O cônjuge, marido ou mulher, assente na alienação do prédio particular do outro cônjuge: *ad-sente,* assente.

Se o‘ cônjuge não consente na alienação do prédio comum, embora o outro a queira, não se perfez o suporte fático da alienação do prédio comum: falta um dos figurantes ativos. Se o cônjuge não assente na alienação do prédio particular do outro cônjuge, o suporte fático compôs-se, mas deficitàriamente, razão por que há negócio jurídico *anulável.*

3.PROCESSO. O cancelamento efetua-se mediante certidão, escrita na coluna das averbações do livro competente datada e assinada pelo oficial, dela constando a razão do cancelamento e o título em virtude do qual foi feito (Decreto n. 4.857, art. 288). Ainda que se desfaça o título, ou se lhe decrete a nulidade, ou se extinga a relação jurídica ou razão para qualquer ato do registro, ou se rescinda, *o registro persiste,* irradiando a sua eficácia. Para que cesse a sua eficácia, é preciso que se proceda ao cancelamento: —O registro‖, diz o art. 293 do Decreto n. 4.857,

—enquanto não for cancelado, produzirá todos os seus efeitos legais, ainda que por outra maneira se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido‖. Desfeito, isto é, distratado o contrato, ou desprovida de existência a promessa; anulado, vale dizer com a decretação de nulidade, ou a decretação da anulação, e já passada em julgado a respectiva decisão; extinto, ou entendamos já sem eficácia, por ter havido resolução, ou por outro motivo; rescindido, vale dizer tendo ocorrido, no sentido técnico, resolução do outro negócio jurídico. Mas o cancelamento pode ser fOrça de sentença mandamental, ou eficácia de sentença que declare a inexistência da relação jurídica, ou que a desconstitua, pela decretação da nulidade, etc., se também foi pedido o cancelamento (admitindo-se a cumulabilidade). ou força de sentença que tenha considerado alguma daquelas decisões sobre o negócio jurídico. O art. 293 exerce, processualmente, a função de vedar que os juizes tenham as sentenças sobre aquelas matérias, ou os atos jurídicos entre as partes, qual o

distrato, como dotados de eficácia *anexa* que baste para o cancelamento. Uma vez, porém, que o negócio jurídico ou alguma. relação jurídica não, subsiste e há a discordância entre *estado* do negócio jurídico e o registro, qualquer interessado no cancelamento pode promove-lo.

O art. 293, parágrafo único, usou de termos amplos: —Aos terceiros prejudicados será lícito, em juízo, fazer, não destante, prova da extinção dos ônus reais e promover a efetivação do cancelamento‖. Efetivação; vale dizer realização dele.

4. PEDIDO INDEPENDENTE. Quando o cancelamento é pedido independentemente, é preciso que tenha formalmente transitado em julgado a sentença, para que se proceda no livro respectivo ao cumprimento do que se ordene. Se o pedido está cumulado com outro, dá-se o mesmo, sendo indispensável o trânsito em julgado da parte da sentença que o estabeleça. Naturalmente, se pende recurso extraordinário, ou revista, não passou em julgado a decisão, e não há —execução provisória‖ de cancelamento. É isso o que se há de entender lendo-se o art. 294 do Decreto n. 4.857: —O cancelamento não poderá ser feito em virtude de sentença sujeita a recurso, qualquer que seja seu efeito, mesmo o extraordinário, interposto para o Supremo Tribunal Federal‖. Nem era preciso dizer-se em texto de lei.

Todavia, é possível a inscrição da ação de cancelamento com invocação do art. 227 do Decreto n. 4.857, por analogia, se bem que a protocolização (anotação) do pedido possa bastar aos efeitos quanto a terceiros.

5. FORMA E FUNDO DAS LEIS DE REGISTRO. A forma e o fundo das leis de registro c‘e imóveis que o Brasil tem tido ressentem-se de certa superficialidade de conhecimentos jurídicos dos seus autores e da linguagem, trôpega e deselegante. O art. 295 do Decreto n. 4.857 foi exemplo de uma e de outra coisa: —O cancelamento da inscrição não importará a extinção do direito real que não estiver extinto, sendo em tal caso lícito ao credor promover nôvo registro, o qual valerá desde a nova data‖. A confusão entre direito oriundo do negócio jurídico e *realidade* desse direito salta aos olhos. Quando o direito só se torna direito real pela inscrição, como quando só se transfere a propriedade pela transcrição, direito real e existência de registro coincidem. Com o começo da existência do registro começa a realidade do direito; com a cessação da existência do registro cessa a realidade do direito, isto é, o direito *real.* Certamente, o direito, *que era,,* antes do registro, persiste,

;a despeito do cancelamento, O que antes não era, foi, com o registro, e deixou de ser, com o cancelamento, e pode volver a ser se renova o registro. Diz o art. 295 que se não extingue o

direito real com o cancelamento: —O cancelamento da inscrição‖, diz o art. 295, —não importa a extinção do direito real‖, mas logo se acrescenta: —que não estiver extinto‖. Ora, bastaria enunciar-se que o cancelamento da inscrição não extingue o direito, tal como consta do negócio jurídico (direitos pessoais), porque o cancelamento do registro não é cancelamento do direito *registrado.* Ora, o cancelamento do registro importa exatamente extinção da *realidade* do direito. Se o direito real (ou não) já está extinto, continua verdadeira a proposição —cancelamento do registro não importa extinção do direito‖. De modo que a condicional elíptica —que não estiver extinto‖ continua verdadeira: se está extinto o direito, o cancelamento não tem mais efeitos do que se não estivesse extinto. Se o credor (ou interessado) promove outro registro, a eficácia segue a regra: é *ex nunc.*

6.NULIDADE. Se o cancelamento só se funda em nulidade do registro, tem os mesmos princípios: nulo, ai, é o registro, e não o negócio jurídico; se, porém, a sentença, referente ao registro, se fundou em nulidade do título, houve, então, duas sentenças numa só, ou em dois momentos diferentes: quanto ao título e quanto ao registro - O art.

295, parágrafo único tentou dizê-lo: —Outrossim, se o cancelamento se fundar na nulidade do registro, e não na do título, poderá ser aquele renovado, só valendo, porém, desde a nova data‖. As renovações de registro somente tem eficácia desde agora, *ex nunc;* porque, se ordenou renovação com eficácia *ex nunc* e se cumpriu o julgado, renovação não houve, mas restauração do registro. As ações rescisórias de sentença que hajam decretado a nulidade do cancelamento tem a eficácia de recomposição do estado anterior ao cancelamento.

Tem-se, pois, de levar em conta, sempre, o fato de ser o direito eficácia do registro, ou não. Se o registro fez nascer direito, ou pretensão, o seu cancelamento atinge o direito ou pretensão. Porém, se o registro apenas *estendeu* a eficácia do negócio jurídico, então tudo se passa diferentemente: a *extensão* de eficácia é que desaparece, deixa de ser, com o cancelamento, não o direito, nem a pretensão, nem, mesmo, a eficácia própria do negócio jurídico. O que se acrescentou é que se desfaz, se elimina; o que antes estava fica.

Sem se partir desse *principio de distinção das eficácias* não se pode bem compreender o papel do registro e dos seus diferentes atos de constituição e de desconstituição. O que primeiro importa saber-se é se ele produz existência, validade ou eficácia (toda ou nova, *sua),* ou, sendo ato de cancelamento ou desconstituição por nulidade ou anulação, se é só a eficácia que se atinge.

De regra, tudo se passa no plano da eficácia, em nova extensão. Os outros casos são exceção.

Teremos de estudar, mais de espaço, no Tomo XIII, um dos casos mais interessantes de *extensão* da eficácia dos negócios jurídicos, o da *averbação* dos pré-contratos de terrenos loteados.

§ 1.263. Responsabilidade dos oficiais do registro

1.PRINCIPIO CONSTITUCIONAL E REGRAS LEGAIS. A Constituição de 1946, art. 194, estatuíu: —As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros

Tais pessoas são a União, o Estado-membro e o Município, bem como as que o direito público cria. No tocante à responsabilidade dos oficiais de registro e dos juizes de registro de imóveis, só se tem de indagar qual a entidade estadual, ou territorial, que o nomeou. A responsabilidade do funcionário do registro era regulada pelo art. 158 da Constituição de 1937, ou pelo art. 171 da Constituição de 1934, conforme a sua vigência, adotado o *principio da solidariedade.* Sob a Constituição de 1891, art. 82, a responsabilidade era do funcionário público, até que sobreveio o Código Civil, art. 15, explicitando a regressividade. O *princípio da regressividade* logrou vencer; mas é óbvio que o funcionário da pessoa jurídica de direito público tem de ser citado. Conseqüência necessária do art. 194 da Constituição de 1946 é a de ter-se de propor a ação, não contra o funcionário público, e sim contra a pessoa de direito público. Os pressupostos e a extensão da indenização são os da lei ordinária. E tal *dever de indenizar,* que corre ao Estado (União, Estado-membro, Município), resulta de ato próprio, pois os atos do funcionário aparecem, aí, como atos do próprio Estado. Não há pensar-se em qualquer sucessão singular, imposta por lei: a dívida é do Estado; e não do funcionário público. Contra o funcionário público, a ação regressiva funda-se na situação jurídica de funcionário público, que tem o causador do dano. O Estado repete o que pagou pelo ato do seu funcionário, de modo que é preciso ter havido culpa

desse. No Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 37, na vigência da Constituição de 1937, arts. 158 (principio da solidariedade), o art. 37 disse: —Além dos casos expressamente consignados, os oficiais serão civilmente responsáveis por todos os prejuízos, que, por culpa ou dolo, causarem, pessoalmente, ou por seus prepostos e substitutos, estes quando de sua indicação, aos interessados no registro‖. No parágrafo único: —A responsabilidade civil independerá da criminal, pelos delitos que praticarem‖. No art. 38: —Os oficiais ficarão, também, responsáveis pela ordem e conservação dos respectivos livros, documentos e papéis, sob as penas legais‖.

Após a Constituição de 1946, art. 194, não se precisa de indagar de qualquer culpa do oficial do registro de imóveis para se propor a ação contra o Estado, se foi feito registro que não devera ter sido feito, isto é, se alguém perdeu propriedade porque outrem, outorgado de quem historicamente não era dono, mas constava do registro, adquiriu por força do arts. 530, 1.

2.PRINCIPIO DA REGRESSIVIDADE. No Decreto n. 3.453 de 20 de abril de 1865, o art. 101 dizia que as penas disciplinares não exigiam aos oficiais —da responsabilidade crimina ou civil‖, em que incorressem —pelos seus atos, quando principalmente deles resulta falsidade ou nulidade, com prejuízo das pessoas interessadas no registro‖. O

Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 98, só o reproduziu. De nindo que o Código Civil, art. 15, e a Constituição de 1934, art. 171 (e a de 1937 art. 158), foram os textos a que se havia, em cada trato de tempo, de buscar a regra jurídica sobre responsabilidade civil. Com a Constituição de 1946, voltou-se ao *principio da regressividade* (Código Civil, arts. 15).

Em técnica legislativa, há o problema de se saber se convém permitir-se, quanto ao terceiro, a verificação da boa fé para que, se de boa fé estava ao ser lhe alienado o imóvel, se lhe reconheça a aquisição pela transcrição, ou se melhor é que se tenha por incólume a essas indagações o terceiro. Os inconvenientes de só se entender adquirido o imóvel, que constava do registro como pertencente ao outorgante, se o outorgado estava de boa fé, são enormes; e o primeiro deles é o se deixar à questão de fato (ter estado, ou não, de boa fé) a aquisição segundo o registro, pela transcrição. A solução que o Código Civil adotou é a mais consertante com o conceito mesmo de fé pública. Dir-

se-

á que dificilmente se condenará o oficial público a ressarcir ao Estado, e à prisão e perda do cargo. Mas tal argumento é estranho ao problema de técnica legislativa, não se hão de deformar princípios de direito das coisas porque o Ministério Público e a Justiça não funcionam com a eficiência com que deviam funcionar.

CAPITULO IX

DIREITO PUBLICIANO

§ 1.264. Posição do problema

1.CRIAÇÃO DA —PUBLICIANA IN REM ACTIO‖. Depois de se falar das causas de aquisição da propriedade imobiliária exsurge o problema da ação publiciana. Pertence ele ao direito material, evidentemente; embora, como acontece a outros direi. tos, pretensões e ações romanos, tenha emanado ele do edicto do Pretor. Não seria acert ado que se levantasse o problema no direito processual, como fizemos com o *summarisum possessorium,* inserto no art.

500 do Código Civil e mais relevante para os *Comentários ao Código do Processo Civil* (2.ª edição), onde mais a fundo se estuda o instituto medieval ainda subsistente.

A ação publiciana do possuidor próprio é eficácia de direi. to não-limitado, que não é o de propriedade, mas é e sempre foi *in rem.* Daí ser após o trato dos modos de aquisição da propriedade que se há de versar. Por outro lado, a questão de se saber se o sistema jurídico brasileiro *ainda* tem tal direito e tal ação divide-se: ,tem-no no direito imobiliário e no mobiliário, ou só no imobiliário? Por isso mesmo havemos de separar a discussão.

2.O NOME. Para uns, criador da *actio in rem Publientra* foi certo pretor: ou L. Publicius Maíleolus (?) ou M.Publicius Maíleolus (cf. B. II. REINOLD, Diss. de Edicto Publiciano, *Opuscula iuridica,* 858 s.; CER. F.

GLTYCIC, *Ausfiihrliche Erlduterung der Pandecten,* VIII, 814). Em verdade, nada se sabe sobre quem a criou. Para outros, foi Quintus Publicius (Cíaao, *Pro Cluentio,* 45), por volta de 685 antes de Crista.

Absurdo, porém, é pensar-se em Q. Publicius.

A maior probabilidade é contra a afirmação de CICERO e a de se tratar do hipotético L. Publicius Maíleolus. M.

lunium Q.Publicius seria *pretor peregrinuj* e não poderia ir até a criação da aula *Pubticiana,* nem dizer o que disse quanta às relações entre *cives* e *veregrini,* o que bem mostrou, contra Tu. GIMMERTHAL *(Die publicianisohe Klage,* 62), Cu. APPLETON *(Hietoire de la Propriété prétorienne et de l"Áction publiczenne,* 1, 82). O que importa saber-se é que a ação era efeito da revolução econômica que se operou antes da tutela possessória dos *interdicta retinendae possessionis* (E. HUSCHKE, *Das Reoht der Publicianischen Klage,* 113-120).

O direito publiciano é semelhante, porém não igual, ao direita de propriedade. Direito juri-real. Não se trata de relação fatica, a que se dê entrada ocorrendo razão para se fazer prevalecer o *Quieta nau inovere* no mundo jurídico. Tudo já se passa no mundo jurídico e foi isso o que criou p Pretor Publicius, que não se sabe quem tenha sido, e provavelmente nunca saberemos.

A restauração da fórmula deve-se a O. LENSL, afastado o que pretendia J. E. HEINÉCIo e antes se admitia. *Actio uicticia,* porém não há, nela, propriedade fictícia *(e.* o., A. D. ALTESERRA, *De Fictionibus juris,* Tractatus V, 132), nem antecipação da usucapião; mas ação ligada a direito, que o Pretar impucitamente criara. A ficção é baseada na usucapião, porém não entra no suporte fático do fato jurídico.

§ 1.265. Estrutura e pressupostos do direito publiciano

1.FATO JURÍDICO PUBLICIANO. A composição de suporte fático em que há aquisição titulada da posse (e, no direita romano, boa fé) se bem que não haja ocorrido o *tempo,* não faz nascer a propriedade. Noutros térmos, não entra no mundo jurídico como fato jurídico de que se irradie aquisição da propriedade. Não há, aí, usucapião.

Pretôriamente, o direito romano criou como singular fato jurídico entre a posse e o direito de propriedade esse direito publiciano. Já não se está no mundo fático está-se no mundo jurídico, e o direita que se criou não foi o *lua possessionis,* mas espécie intercalar entre ele e o *lua possidendi* do proprietário. Seria erro crer-se que desse direito somente se irradiava a ação declaratória de tal relação que o Pretor juridicizou (= =fez entrar no mundo jurídico); nem, tão-pouco, que dele só emanavam ela e a ação executiva para reaquisição da posse. Em

verdade, em sua primeira eficácia, o direito publiciano *era* sombra da usucapião, de jeito que haviam de concorrer título, *posse* e boa fé. Na fórmula da ação, dizia-se: —Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur eius ex iure quiritium esse oporteret, si quis hono Aulo Agerio arbitratu tuo non restituetur, quanti ca res erit tantam pecuniam condemna, si non paret absolve‖ (GAIO, IV, 36; O. LENEL, *Das* Edictum Perpetuum, 181; □

3 a ed. 169 s.). No texto de GAIO, alude-se à ficção (usucapio fingitur in ea actione quse Publiciana vocatur), à tradição da coisa sem ainda se ter usucapido (datur autem actio ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit). Supunha-se ter havido a posse. Devido à glosa —sunt et aiiae‖ (E. LANUSflUa, *Die Glesse des Accursius,* 825), generalizou-se a opinião de que se podia exercer tal direito (=se tinha o direito publiciano) se havia título e boa fé, ainda que não tivesse havido posse. Tal opinião chegou ao máximo com B.

WINDSCHEID *(Leh,rbuch,* 1, § 199, n. 2; 9□8 ed., 1019), que entendia te-lo quem ainda não adquirira posse. As fontes não permitem tal afirmação (O. Ln.,, *Reitrdge,* 36). A L. 1, §§1 e 2, D., *de Publiciana in rens actione,* 6, 2, não pode servir de apoio:

ali, Ulpiano apenas diz que não se há de cogitar de ação publiciana se o autor usucapiu ou adquiriu a propriedade do legado. Ora, para que se adquirisse a propriedade do legado, era preciso ter-se adquirido a posse; e PAULO (L. 2) foi claríssimo: —... vel mortis causa donationes factae: nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exeniplum legatorum capiuntur‖. Na L. 7, pr., ULPIANO disse: —. . .81 res adiudicata sit, Publiciana actio competit‖; mas, aí, não precisava ele insistir na exigência do título *amissapossessione:* estava a enumerar *iustae causae.* Na L. 15, POMPÕNTO refere o caso excepcional do escravo comprado a *noti. domino* e em fuga, como ULPIANO, na L. 9, § 6, a do *servus hereditarius ante aditam hereditatem;* mas está-se a ver que se dilata, nas duas espécies, a eficácia do direito publiciano (ef. II. RTTTHAUSEN, *ttber die Besitzerwerb des Klãgers ais wesentliche Voraussetzung der* actio Publiciana, 45 s.), por interesses peculiares, especiais, à estrutura econômica do momento histtirico.

2. LIMITE DA FICÇÂO. A ficção tinha limite jurídico: o direito de propriedade *de outrem.* Daí caber a *erceptio domiMi* (L. 16 e L. 17, D., *de Publiejana ifl Tem actione, 6,* 2). Aqui, os juristas não prestaram atenção à natureza das exceções, que são encobrimentos de eficácia (Tomo V, §§ 522, 1, e 583, 6, e Tomo VI, §§ 628, 683) ; se o tivessem

notado, teriam evitado a contradição de se falar de *in rein acuo* e de eficácia contra todos exceto o proprietário: a eficácia é contra todos, inclusive o proprietário; apenas esse tem *exceptio,* que encobre a eficácia do fato jurídico publiciana. Assim, não se pode dizer que a *adio Publiciana* não tenha, de regra, eficácia contra o proprietário. Está isso em todos os romanistas; mas a verdade é outra: a eficácia é *ifl Tem;* o proprietário pode opor a *exceptio domin ii.* É isso o que está em PAPINTANO e PAULO (L. 16: —Exceptio 1 usti dominil Publlcianae obicienda est‖) e em NnÂcio (1. 17), que explicitou: a ação publiciana não foi estabelecida para se despojar da coisa o proprietário; e disso é prova, primeiro a equídade, segundo, a exceção —se a coisa não é do possuXdor‖ (exceptio

_si ca res possessoris non sit‘), mas para que preferentemente (potius) tenha a coisa quem a comprou de boa fé e por essa causa lhe obteve a posse (qul bana lide emit possessionemque elus ex ea causa nactus est, potius rem habeat).

Segundo E. SCHULIN *(ttber einige Anwendungsteíue der Publiciana, 3* s.), a açAo publíciana cencerne ao fato, e não a direito, porque esse não nasceu. Em vez disso, H. DERNBURG *(Pandekten, 73* ed., 539, nota 18) viu relação jurfdica à base da *actio Publiciana:* se ela cessa, a ação cessa. Aliás, F. ScnuLIN tirou conseqüéncías inatendíveis do que era a sua tese, e o que o poderia ter levado a construção aceitável foi sacrificado por elas, O que se pode objetar na *adio Publiciana é* o que é possível objetar-se na *rei vindicatio.* O direito publiciano nasce porque entrou no mundo jurídico fato jurídico de que ele se irradia. A exceção concerne à eficácia não se objeta, excepciona-se.

3.PRESSUPOSTOS. A boa fé (no direito romano) há de existir ao tempo do titulo de aquisição (L. 7, § 11). Assim é que estava no Edicto. Os juristas exigiram-na também no momento da aquisição da posse (L. 7, §§ 14-17). Tal a doutrina prevalecente, e com razão, pois que se imita a ação do proprietário que usucapiu. Não se exige a boa fé durante o resto do tempo. Houve quem aludisse a essa continuidade da boa fé, mas por haver confusAo com a influência do direito canônico a respeito da usucapião (certos, A. BRINZ, *Lehrbuck,* 1, 2.~ ed., 721; H.

DERNBURG, *Pandekten, 1, 73* ed., 538; *System,* , 8. ed., 394 s.; sem razão, E. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* 1, § 199, nota 8, 1018: aí, em direito romano, a *mala lutes .superveniens non noeet).*

4.O TITULO DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE. A principio, o titulo havia de ser a de compra. Mas atendeu-se, depois às outras causas de adquirir (L. 3, § 1, L. 13, pr. e § 1). A generalização impunha-se e explicitou-se.

Inclusive os títulos putativos, cp. na usucapião (L. 5, L. 7, § 2, ande ULPLANO admite a ação ainda se o louco, o que PAULO, na L. 2, § 16, D., *ro emptore,* 41, 4, repele, mas talvez parque não houvesse prestado atenção a que aí o furioso teria a *exeeptio dominji* sem possível *repticatio rei venditae fl traditae,* que chegaria ao mesmo resultado que PAULO queria, embora no plano da eficácia da *adio Publiciana,* e não no da sua existência, cf. E.

LANOSBERO, *fie Glesse des Aceursius,* 325; E.HUSCHKE, *Das Recht der Publicianjgchen Klage,* 55). ~Hoje e porque a *«titio in rem Publiejana* finge a usucapilo (usucapto fingítur in ca actione quae Publiciana vocstur) não poderiayno, no direito brasileiro admitir o mesmo; porque, por força do art. 553, não corre o tempo contra os loucos e demais absolutamente incapazes? A solução científica é a que evita confusões: há a ação publiciana e há a *exceptio domin ii,* sem possível *replicatio rei venditae a traditae.*

5.USUCABILIDADE. A coisa deve ser usucapiavel, objetivamente. Se há óbice subjetivo à usucapião, opera como exceção de domínio ou de não ser dono quem possui. Com essa simples proposição, fica atendido: a) que há o direito publiciano desde que se inicia a posse de boa fé; O que no mesmo momento nasce a *exceptio dominti* do absolutamente incapaz; *e)* que o tempo não corre para a usucapião (no direito brasileiro), de modo que a posse de má fé não se aproveita do trato de tempo de dez anos, ou vinte anos, mais x.

§ 1.266. Legitimação ativa

1.POSSUIDORES PUBLICIANOS OU POSSUIDORES PUBLICIANOS QUE PERDERAM A POSSE. Há efeitos do direito publiciano que supõem a posse atual: a) *utiliter,* as ações que servem ao que sofreu dano, se o proprietário, *in casu,* a teria (L. 11, § 8, e L. 17, D., *ad legera Aquiliam,* 9, 2: —in factum actione tenebitur‖), as ações divisórias (L. 7, § 2, D., *communi dit‟idundo,* 10, 3), e de limites; lO o poder de constituir direito real ou pessoal sobre a coisa (L. 18 e L. 21, D., *de pzgnorzbus,* 20, 1; L. 186, D., *de diversis regulis inris antiqui,* 50, 17:

—Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum ventas, quotiens

la impedimento non est‖; sobre a discussão que havia, quanto ao texto de MARCELO e à dúvida a que aludiu e próprio ULPIANO, CUR. A. MESSE *(Die Cautio damni infecti,* 70 s.; *Die Rechtsverhí-iltfl2SSe zwischefl GrundstijCkflaChb«, 84* s.) e E.BURCKHARD (em CRU. F. VON GLtYcK, *Angilhrlicke Erlãuteruflg der Pandectefl,* série dos Livros 89 e 40, II, 360 s.).

A legitimação ativa toca a quem quer que tenha título e posse de boa fé; rigorosamente, ao possuidor, porque título e boa fé são pressupostos para deferimento. Surgem alguns problemas: a) tem-na o proprietário da coisa? *b)* no direito brasileiro, há a ação de vindicação da posse; pode o que tem pretensão à vindicação da posse opô-la *ope exceptio.*

A pós dez anos entre presentes ou vinte entre ausentes, ainda é de exigir-se, no direito brasileiro, ter adquirido de boa fé?

2.PROPRIETÁRIO. A ação publiciana pode ser exercida pelo dono da coisa: assim, evita ele a prova da propriedade, e satisfaz-se com a prova do título e da posse de boa fé. Mas as circunstâncias podem levá-lo a ter de descer à prova do titulo de propriedade, *e.* g., se o réu opõe a exceção —si ea respússessoris non sit‖. Se o proprietário deixasse de ser proprietário, nenhuma vantagem lhe restaria (CARL JESS, Zur Lehre von der *Publiciana ia rem* actio, *Jahrbiicher fiir die Dogrnatik,* 14, 211; E. HUSCHKE, *Das Recht der publicianischen Klage,* 29 *8.;* sem razão, E. SCIIULIN, *tiber einige Anwertdungsftiiie der* Publiciana in nem actio, 3, 79 e 147).

Onascituro podia ser titular da ação publiciana (L. 11, § 2, D., *de Publiciana in rem actione,* 6, 2; W. GIESE, *Besitzreehtssch.utz im RGB, und* actio in rem Publiciana, 52) *; a fortiori,* no sistema jurídico brasileiro (arts. 4O, 22

parte).

3.PRETENSÃO À VINDICAÇÃO. O que tem a ação de vindicação da posse pode ir haver a coisa móvel contra o próprio possuidor de boa fé. Todavia, tem-na antes de perguntar se há direito publiciano no sistema jurídico brasileiro quanto a bens móveis.

§ 1.267. Legitimação passiva

1.—LUS IN *BEM".* O direito publiciano é *in rem;* portanto do lado passivo da relação jurídica estão todos (=eficácia *erga omnes).* Inclusive aquele que é dono da coisa. Por isso, tem ele exceção, e não objeção. O direito publiciano não deixou de existir, não é após a exceção como se não tivesse sido: foi-lhe, apenas, encoberta a eficácia, razão por que, não aposta a exceção, a sentença favorável é de acordo com a lei.

2.POSSUiDORES QUE SE PREtENDEM PUBLICIANOS. A ação publiciana pode ser usada, com bom êxito, contra os possuidores que se pretendem publicianos, quando, dizendo-se possuidores publicianos autor e réu, hajam ambos adquirido da mesma pessoa, se ao autor primeiro se fez a tradição. Se haviam adquirido de pessoas diferentes, afirmou o proculeiano NaÁCIO *(L.* 31, § 2, D., *de actionibus empti venditi,* 19, 1) que o direito publiciano pertencia ao que primeiro houvera a tradição: Compramos a mesma coisa a quem não era dono e, tendo sido sem dolo mau a compra-e-venda, foi ela entregue: quer se a compramos da mesma, quer de diversas pessoas, há de ser amparado aquele de nós que primeiro adquiriu o direito (prior ius eius adprehendit), isto é, aquele a quem primeiro foi entregue a coisa (cui primum tradita est) . Se um de nós comprou de seu dono, esse deve ser amparado em todos os casos (omnimodo tuendus est). A tradição criava o direito, de modo que, a respeito dos outros possuidores, não se dava a entrada do suporte táctico no mundo jurídico. Não pensou em colisão de direitos. Pensou em termos de entrada e não entrada no mundo jurídico, a despeito de todos terem titulo e boa fé. O sabiniano JULIÁNO e ULPIANO (L. 9, § 4, O., *de Publiciana in rem actione,* 6, 2) não tinham tal opinião: Se alguém vendeu, separadamente, a coisa a dais que a compraram de boa fé, vejamos, diz ULPLLNO, quem mais pode usar da Publiciana, se o a quem primeiro foi entregue a coisa, ou quem tão-só a comprou (qul tantum emit). E

JULIANO, informa ele, no livro sétimo do Digesto (refere-se à obra de JULIANO, *Digestorutn Libri XC,* escrita depois de 129, *ti. li.* FITTING, *tiber d. Alter der Schriften rdmischen Juri.sten _,,. Hadrian bis Álexander,* 25, 2.8

cd., 21 s,; cp. Ou. APPLETON, La date des *Digesta luliani, ?ilouvelie Revue Historique,* 34, 731 a., e 35, 593 a., a quem Tn. Krrr, *Gesckickte der QtwUei~,* 124, responde; P. F. GIRÃan, *Mékinges,* 1, 214 s.), escreveu que, se, em verdade, comprou a não-dono, passa à frente aquele a quem se entregou a coisa, mas, se a diversos não-donos, melhor causa é de quem possui do que a de quem pede. E ULPIANO teve tal decisão por verdadeira (que sententia vera est). PAULO

também assim entendia (L. 14, D., *(jtti potiores in signore rei hypotkeca habeantur,* 20, 4): —Si non dominus duobus candem rei» diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis no»

dominis pignus accipiainus, possessor inelior sit‖. Tal a doutrina da jurisprudência posterior e da compilq.çia justinianéja. Não a devemos receber no sistema do Código Civil brasileiro: pôsto que o credor pignorati cio, que teve a posse, tenha ação para reintegrar-se, não a exercendo, a *causa* do possuidor posterior não se tornou melhor, no tocante ao direito publiciano, pois o primeiro, o perdente, o adquirira: o suporte táctico, em que se acha o segundo, não entra no mundo jurídico. O credor pignoraticio é, hoje, de regra, titular de posse imediata. Aliás, a admitir-se a opinião de JULIANO, tornar-se-ia difícil, como fora no direito romano (F. VON SAVIONY, *System,* VII, 308, nota *,* que dá prioridade ao possuidor anterior), resolver-se a questão se há dois pleiteantes contra quem possui com título inferior. Demais, solução de NERÁCIO é mais consentânea com os princípios do sistema jurídico, coma o brasileiro, que tem o art. 500 do Código Civil e o arts. 507.

(Quanto ao —qui tantum emit‖, os intérpretes discordan desde J. Vorr e *3.* Gujicro, respectivamente, que entendeu —a quem foi vendida a coisa‖, ou —aquele foi entregue‖, embora a comprasse antes do outra. F. ÂNN, *Handbuek,* II, 54

a □, mostrou que esse comprador havia de ter comprado e recebido a posse, se bem que sem eficácia jurídica. Tentou A. VON VAwcnow, *Lehrbuck,* 1, § 335, reduzir a controvérsia entre NELECIO e JULIANO à questão processual de se saber a quem caberia a papel de autor. Em verdade; JULIÁNO e ULPIA *NO* tiveram o problema, no direito romano; mas isso não lhes de razão noutros sistemas jurídicos, em que se *não* ceda tanto ao *Melior causa* aU

possidentia quam petentis.) MILO Ftsmz *(institutiones,* IV, 67) pôs os princípios, com precisão; —Qul a Vera passessia bana e fidei dominio aequiparatur, inter actiones reales numeranda Publíciana, qua bonse lidei possessor justo titulo subnixus ad rem restituendam agit contra infirmiore fure possidentem; quae actio, cum tu bona fide fundamentum habeat, et facilioris sit probationis, prae rei vindicatione commendanda, vel saltem cum es in libeilo coniungenda; adeoque hit fere omnia locum habent, quae de vindicatione diximus... Obstant agenti exceptiones speciales *justi domiu ii;* namque contra verum dominum non datur; vel ititi, *aequaiis;* quia solam conipetit ei, qul potiore iure utítur adversus eum, qui vel nuilum, vel infirmis jus habet‖.

COBaIa TEia *(Doutrina das Ações,* §§ 74-77) citou a L. 9, § 4, porém sem lhe adotar o principio (107): —. . .

comprei na feira um cavalo, cuidando que o vendedor era o dono, e entregou-mo: se mo furtarem, imediatamente posso reivindica ainda que o possuidor possa provar que o meu vendedor não era o dono dele. Mas, se o verdadeiro dono o recuperar, ou se segundo comprador, antes de eu ser entregue, o comprar ao mesmo ladrão, que mo vendeu, e for entregue dele, não posso consegui-lo por esta ação‖. O que ele tinha em mente era a furtividade: o seu texto é previsão da ação do art. 521, e não regra jurídica sobre a ação publiciana.

LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 236) afastou-se da solução de NEACIO, para se ater à L.

9, § *4,* seduzido pelo *In pari causa melior est condicio possidentis.* Todavia, as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 7, que falam da venda pela mesma pessoa a dois compradores, é que tinham de ser interpretadas para o caso de serem dois ou mais os vendedores. Se um deles é o dono, *toflitur quaestio,* porque o que primeiro recebeu a coisa a adquiriu; se foi o outro, à posse posterior pelo que comprou ao dono lhe é dado opor a exceptio *dominii.*

§ 1.268. Ação publiciana e sentença

1. SENTENÇA A sentença na ação publiciana parece-se com a sentença na ação de vindicação da posse e com a sentença pa ação de retvindicação quando se executa; porém em relação àquela, é a ação publiciana *ad instar proprietatu,* e não *ad instar possessionis* (L. 7, § 2, D., *de Publiciana in rem actione, 6,* 2), pôsto que ambas petitórias, e, em relação a essa, vindicativa da posse e não da propriedade (cp. P. MIrrHICE, *Wesen urni Urnfang der Hiage* § *.1007 SOB.,* 6 s.) e é comum a exigência do título, que, na *Publiciana in rem actio,* pode ser putativo (cf. A. PEIPERS, *fie Besitzrechtsklage nach* § *1007 SOB.,* 58 s.; sem razão, TH. GIMMERTHAL, *fie Publicianische .Klage, 97* s.), passados dez anos.

2.EFICÁCIA. A sentença, na ação publiciana, não faz coisa julgada contra o proprietário que não foi réu na ação.

Se o réu que opõe a *exceptio dominii* ganha, a eficácia é somente

relativa ao autor.

§ 1.269. A ação publiciana no direito brasileiro

1.DIREITO IMOBILIARIO. A questão de se saber se a entrada da regra jurídica do art. 521 (vindicação da posse) no sistema jurídico brasileiro afastou a *Publiciana in rem adio,* sàmente pode referir-se ao direito mobiliário, porque o art. 521 não se refere a bens imóveis. Trata-se, portanto, de argumento que aqui seria impertinente.

A ação publiciana teve e tem seus simpatizantes e seus autipatizantes e seus inimigos, quando se trata de saber se- o direito contemporâneo a recebeu, principalmente depois dos Códigos Civis. Em França, o adversário mais gritante foi F.LAURENT. Na Itália, E. Rica. A respeito são de ler-se, como crítica, as páginas, favoráveis à recepção, de CH.

APPLETON e de E. CÀÃiuSI *(L"Azione Publiciana,* 105). O silêncio dos Códigos Civis é o argumento maior, a que se veio juntar o de ter o Código Civil, a respeito do que se discute, a vindicatória da posse.

A substituição da *actio Publiciana* por outra entronca-se, para o direito alemão, no Alígemeines Landrecht prussiano, que criou a sua, legislativamente. O Código Civil alemão inseriu no texto o § 1007, a que corresponde o art. 521 do Código Civil brasileiro, mas, atrás do Código Civil alemão, no tempo, há o § 161, 1, 7, do Alígemeines Landrecht (O. SONNENTHAL, *Jst Besitz nothwendige Voraussetzung der* actio Publiciana?, 28 s.), ao passo que, atrás do Código Civil brasileiro, está o direito anterior, com a ação publiciana.

Dir-se-á que o argumento não basta, porquanto a ação de vindicação de posse (Código Civil, art. 521) somente concerne a bens móveis e se está a discutir a *Publiciana in rem adio* no tocante a imóveis. Em vez de não caber o argumento, fortalece-se; porque o Código Civil alemão não tem a usucapião de imóveis, que o sistema jurídico brasileiro não dispensou, nem podia, devido à vastidão do território, *de jure condendo,* dispensar. Dizer-se que a ação publiciana desapareceu porque se inseriu, no Código Civil, o art. 521, é deixar-se sem resposta a questão concernente ao direito imobiliário. O direito imobiliário continua de tê-la.

No direito alemão (doutrina assente) e no italiano (Cassação, 20 de março de 1933, 4 de julho de 1931, 15 de julho de 1931 e, já. antes, Cassação de Roma, 30 de maio de 1911, cf. P. BONFANTE, *Scritti giuridici varji,* 439, e B.

Bnuaí, *Ii Diritto civile italiano,* II, 580; contra, B. DusI, *Istituzioni,* 1, 338, nota 4), teve-se por excluída a *actio Publiciana.*

2.AÇÃO PUBLICIANA E POSSE DE MÁ FÉ. Desde que o sistema jurídico não exige, para a usucapião, se o tempo é maior, o requisito da boa fé, tem-se de adaptar à verdade a ficção. Aliás, a fórmula da *Publiciana in rein actio* não aludia *à* boa fé, mas aos pressupostos da usucapião (sem razão, A. C. J. SCHMID, *Handbuch,* 1, 361; cf.

B. Wn.wscnzm, *Lekrbuok, 1,* § 199, nota 10, 1018). *z* Como, porém, ajuntarem-se os pressupostos da ação publiciana aos pressupostos da usucapião, conforme o art. 550 do Código Civil? Se o réu excepciona de domínio, não tem importância se o autor alegou título e posse de boa fé, ou não; se o réu objeta que o autor nunca teve posse, idem; se o réu objeta que o autor é possuidor de má fé e ele

de boa fé, a disputa é entre duas posses, uma das quais pode levar à usucapião antes da outra: o suporte láctico em que havia má fé não entrou na mundo jurídico e somente entrar a passados os dez ou os vinte anos da art. 551. De modo que:

a) o que tem posse, que adquirira de má *fé,* somente pode pretender a sentença favorável na ação publiciana se ultrapassa um dos prazos do art. 551; *b)* o possuidor de má fé, posterior ao que perdeu a posse, sem ser por ato próprio, se as ações petitórias ou possessórias do que perdeu a posse estão prescritas, é titular do direito publiciano.

Assim, a ação publiciana adapta-se, com toda precisão e com todo o rigor, ao sistema jurídica brasileiro.

Tudo se reduz a. questão de prioridade (evite-se dizer —melhor direito‖, ou —-melhor posse‖): direito *prior* é direito que nasceu antes que o outro pudesse nascer.

3.POSSE DA COISA. Tem-se de exigir a posse da coisa, ou que a tenha perdido a autor (Publiciana actio amima possessione competit), repelindo-se, assim, o que pensavam *E.S.* Onãocx *(De Publiciana in vem actione,* 88 s.) e E.WINDSCHEID (1, § 199, nota 8; ceda, E. Ecx, Publiciana actio, F. v. HOLTZENDORFF, *Reoktsleziicon,* III, 1, 234).

Escusado é dizer-se que no sistema jurídico brasileiro e nos demais que tem a regra da saisina (art. 1.572) o herdeiro é adquirente do direito e da posse, ainda se o ignora e sem qualquer ato seu.

4.EXCEÇÃO DE DOMÍNIO E RÉPLICA. Contra a *exceptio dominji* pode opor o autor: a) que pagara o preço, e a coisa, sem ato do autor, foi parar às mãos do réu (L. 68, IX, *de rei vindicatione,* 6, 1; L. 22, pr., D., *de actione rerum amotarum,* 25, 2; li. F. SCHORCH, *Dias, de Áctione Publiciana,* § 13; b) que, tendo comprado a não-dono a coisa, depois lhe adquiriu a propriedade (L. 72, D., *de rei vindicatione,* 6, 1; L. 2, D., *de exceptione rei venditae et tratitae,* 21, 3;L. 4, § 82, D., *de doU mali et metia exceptione,* 44. 2), como é, no direito mobiliário, a caso do arts. 622 (há, ai, *exceptio de dolo); o)* que, a despeito das instruções do proprietário, a adquiriu do representante com poderes (L.

14, D., *de Publiciana in rem actione,* 6. 2), ou do órgão; *d)* que há a favor do autor coisa julgada *(replicatio rei iudicatae) ; e)* que o autor recebeu de terceiro, que, por sua vez, devido à causa podia have-la da proprietário *(e.* g., *ex causa nozali),* e, ai, há *replicatio doU mali* (J. G. SAMMET, *Opuscula varii argumenti,* 137).

5.DIREITO MOBILIÁRIO. Assente que temos a direito publiciano, a pretensão e a ação publicianas em direito imobiliário, resta saber-se se a inserção do arts. 521, nôvo no sistema jurídico brasileiro, pré-excluiu as regras jurídicas do direito anterior quanto a esse ponto, eliminando a publiciana de bens móveis, O que perdeu a passe e quer vindicá-la, tratando-se de bem móvel, tem por si o arts. 521, em caso de furta ou perda da coisa, e pede a vindicação. Não se cogita das outras espécies, o que desde já aponta a diferença de extensão das duas ações. Na ação do art. 521, não importa se vai haver (é de esperar-se) a aquisição por usucapião, o que está implícito, evidentemente, na conceituação mesma da ao *tio Publiciana.*

Par outro lado, conforme já dissemos, não há, no direito brasileiro, o argumento de se haver substituído, no direito anterior, a ação publiciana. Tínhamo-la. O art. 521 não entrou no sistema jurídico para a substituir, nem, no passado, se cogitou de criar ação à semelhança da publiciana.

Em toda essa matéria, o que mais importa é termos olhos fitos no sistema jurídico brasileiro, sem nos deixarmos levar por sugestões de sistemas jurídicos diferentes. A ação publiciana foi recebida pelo direito anterior e passou a fazer parte da sistemática do direito brasileiro, só se modificando em função das alterações ocorridas na sistema.

CAPITULO X

PROCESSO DO REGISTRO TORRENS

1.270. Histórico

1.DECRETO Nº 451-E DE 18 DE *MAIO* DE 1890. - O Decreto nº 4 *51-,* de 18 de maio de 1890, estabeleceu o registro e transmissão de imóveis pelo sistema de Robert Torrens, proveniente da Austrália, O Decreto n. 955-A, de 5 de novembro, regulamentado, Sobrevindo a Constituição , deram alguns juristas como SILVA COSTA *(R. de D.,* 60, 450) que era inconstitucional em parte, a legislação *(e. g.,* Decreto n. 451-fl, art. 75.1, e o Supremo Tribunal Federal a 5 de agôsto de 1895 *(O D.,* 69, 191), acolheu essa interpretação reacionária da Constituição, CLOVIS

BEVILIQUÀ *(Códjgo Civil comentado,* 58) e alguns tribunais reputaram na revogação pelo Código Civil. A Lei orçamentária nº. 8.446, de 31 de dezembro de 1917, considerou- a em vigor Ainda quiseras julgá-la inconstitucional por ser lei anual. Contra todas essas tentativas simplistas, por parte de gentes que não viam o campo, a terra, com os seus problemas Próprios, reagiramos

2.OBJETO. O Código de Processo Civil conhece (artigo 457) o sistema Torrens dos imóveis rurais. Diz o seu art.

457: —O proprietário do imóvel rural poderá requerer a inscrição no registro Torrens‖ Entenda Se‘ a) O p *roprietario de imóvel* que tenha o seu nome no registro de imóveis. O *Rural,* portanto está derrogado o Decreto n. 451-B, art.

1.0, que era mais amplo Acrescentou o art. 458: —Em caso de condominio, o imóvel poderá ser inscrito no registro Torrens, a requerimento de todos os condôminos.) E o parágrafo único: —O imóvel sujeito a hipoteca ou ônus real, não será admitida a registro, sem consentimento expresso do credor hipotecário ou da pessoa em favor de quem se tenha instituido o ônus‖. Assim, o Decreto n. 451-B, art. 6.0. Se há condomínio, o pedido tem de ser feito por todos os condôminos. Não há meio legal para se conseguir a declaração de vontade da condômino, nem a presunção de haver declarado, É precisa que todos os condôminos assinem o pedido, par intermédio de seus procuradores. De modo que o condômino ausente impede que se peça a inscrição. O art. 458 fala de credor hipotecário au pessoa em favor de quem se tenha instituida o ânua. Melhor: hipoteca, qualquer

direito real; ou o direito expectativa da art. 346

do Código de Processo Civil.

£ 1.271. Processo

1.REQUERIMENTO. O requerimento será instruído (Código de Processo Civil, art. 459): (a) Com os documentos comprobatório. do domínio da requerente: título de aquisição *intertúoa,* registrado; ou de aquisição *causa mortis,* já transcrita a sentença; sentença em ação de usucapião (art. 456, parágrafo único) ; sentença executiva do art. 346, §

1.0, 1)) e e), Qualquer delas há de estar transcrita, devidamente. O foro é o imóvel (art. 186), ou o do art. 137. O

art. 8.0 do Decreto n. 955-A está em vigor, por ser regra legal de organização judiciária, e o fato de haver o Código de Processo Civil invadido *(e.* g.. art. 10) o direito das organizações judiciárias não autoriza a invocar-se em tal matéria a regra do art. 1.0, restrita ao —processo civil e comercial‘).

Se as legislaturas estaduais podem derrogar o art. 8.0 do Decreto n. 955-A, depende de se saber qual a *ratio legis;* e essa, evidentemente, foi a da *uniformidade da competência* em *todo o território nacional,* à semelhança do que ocorre com o enundado do art. 10 do Código de Processo Civil. *(b)* Com a prova de quaisquer atos que modifiquem ou limitem a sua propriedade, isto é, qualquer negócio jurídico, *inter vivos* ou *causa rjtortis,* que modifique ou restrinja o direito de propriedade, inclusive o direito expectativa de outrem quanta ao imóvel. *(c)* Com o memorial de que constem os encargos do imóvel, os nomes dos ocupantes, confrontantes ou quaisquer interessados, e a indicação das respectivas residências. Encargos do imóvel não são os direitos reais sobre ele, nem os direitos expectativas a ele; são obrigações que tenham por objeto uso do imóvel, como locação, parcerias, contratos com lavradores, etc. Além disso, os nomes dos —ocupantes‖, qualquer que seja a causa de ai permanecerem, e as nomes dos confrontantes e de quaisquer —interessados‖, como o que pleiteia a respeito de contrato de locação. Sempre que se nomeia alguém, tem-se de dar a residência, au justificar que se acha numa das condições do art. 177 do Código

 de Processo Civil. *(d)* Com a planta do imóvel e o respectivo relatório (Código de Processo Civil, arts. 432436) -

2.Fogo. Se o imóvel se acha nas condições do art. 137 da Código de Processo Civil, o fOro é o de qualquer das duas circunscrições, devendo-se fixar pela prevenção. Mas a regra processual sobre competência, inserta no art. 137 do Código de Processo Civil, nada tem com o direito registrario, de modo que continua em vigor o art. 5., § 1.(', do Decreto n. 955-A.

3.PROCESSO. O requerimento será entregue ao oficial do registro, que o submeterá a despacho, se o achar em termos, lançando nele, em caso contrário, a dúvida que tiver (Código de Processo Civil, art. 460). Particularidade dessa regra processual, a petição é apresentada, não ao juiz, mas ao oficial do registro, que a examina antes, entregando-a ao juiz para despacho, se nenhuma dúvida tem, depois de ouvido o órgão da Ministério Público. Em caso de dúvida (§ 1.0), é devolvida à parte, que impugna a nota do oficial, ou satisfaz, desde logo, a exigência feita, reentregando a petição ao oficial, que a remeta ao órgão do Ministério Público (§ 2.~). A dúvida e a impugnação da parte são afirmações. Em qualquer hipótese será ouvido o órgão do Ministério Público, que poderá impugnar o registro por falta de prova completa do domínio ou preterição de outra formalidade legal (art. 460, § 2.0). A função do órgão do Ministério Público é semelhante à que ele tem segunda as notas 2) ao art. 334, 3), ao art. 404, e 6) ao art. 455 da Código de Processo Civil (cf. nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* III).

4.CONTINUAÇÃO. O —processo‖ segundo o Código de Processo Civil corresponde à *pretensão a registrar no sistema Torrens.* É procedimento edital, com *citações,* donde preferirmos chamar *petição,* em vez de *requerimento, à* postulação. O que torna especial esse processo é exatamente a fase prévia, de contraditório eventual, de plena cognição, entre proprietário. oficial, orgão do Ministério Público e juiz. Ação constitutiva, típica. Se o próprio oficitl do registro é o escrivão depende da lei de organização judiciária. Tem de ser distribuído o processo, antes de ser entregue ao oficial. Quando os documentos justificarem a propriedade do requerente, o juiz mandará lavrar editais, que serão afixados no lugar do costume e publicados, uma vez, no orgão oficial do Estado e três na imprensa local, se houver, marcando-se prazo, não menor de dois meses, nem maior de quatro, para a matrícula, desde que não surja oposição (Código de Processo Civil, art. 461). Procedimento edital, o art. 461 exclui os arts. 177 e 178, 1, III e IV, do Código de Processo Civil. Não se trata de prazo a expirar-se, mas prazo a começar, de modo que o rues a *quo* há de ser posterior à última publicação. A distância entre o *dies a quo* e o

dies ad quem é que há de ser de, pelo menos, dois meses e, no máximo, quatro meses. Se surge —oposição‖ (aliás —contestação‖, art. 463), aplicam-se os arts. 463

e 464. A lei fala em —prazo para a matrícula‖. Entenda-se: prazo para, depois de expirar, sem ter havido contestação, proceder-se à matrícula. Se houve contestação, dentro dele, para se proceder à matrícula, depois da intimação do art.

463, § 2.0, do Código de Processo Civil, O juiz ordenará, *ex off ido* ou a requerimento da parte, que à custa do peticionário se notifiquem do requerimento as pessoas nele indicadas, arquivando-se a notificação no cartório do oficial do registro (Código de Processo Civil, art. 462)

a) As pessoas indicadas são as do art. 459, III, as custas pagam-se segundo o art. 462, *ad instar* do ═art. 58. O prazo para as impugnações por parte dessas pessoas é o comum dos editais. As pessoas, de que trata o art. 462, são assistentes (art. 93) eventuais, ou intervenientes, talvez mesmo opoentes, eventuais, que a lei, por precaução, devido à natureza constitutiva da ação, entende devam ser —avisadas‖. O Código diz —notificadas‖ (assim, também, no art.

95, § 1.0) . O art. 170 é que é aplicável. *b)* As notificações são arquivadas no cartório do oficial do registro; não se incluem no processo. Tal separação material não importa em serem tidas como estranhas ao processo: pertencem a ele como todo, O direito processual conhece processos unos e íntegros a despeito dessas distinções físicas. Feita regularmente a publicação dos editais, a pessoa, que se julgar com direito ao imóvel ou parte dele, poderá opor-se ao registro, no prazo do art. 461, por meio de contestação, que será recebida, se contiver matéria relevante (Código de Processo Civil, art. 463). A pessoa que se apresenta insere-se na figura de réu; e é considerada como tal desde a data em que se teve por feita a citação edital, ou em que foi pessoalmente notificada (art. 462). A ação continua ação constitutiva, a despeito da contestação e do rito processual que toma.

5.CONTESTAÇÃO. A contestação mencionará o nome e a residência do réu, fará a descrição exata do imóvel e indicará os direitos reclamados e os títulos em que se fundarem (art. 463, § 1.0) . O Código de Processo Civil distingue o *recebimento* da contestação e o *julgamento* dela. O juiz não recebe a contestação: a) se não mencionar o nome e a residência do réu (arts. 463, § 1.0, 158, II, e 180), porque se trata de procedimento edital, cabendo ao réu individuar-se; *b)* se

não contiver exata descrição do imóvel (ou da —parte dele‖, art. 463, § 12) ; o) se apenas arguir não estar provada a capacidade de qualquer dos anteriores proprietários ou possuidores (arts. 463, § 3.) ; *d)* se fora do prazo dos arts. 461 e 463; *e)* se não indicar a causa de pedir, nem os títulos em que se funda (art. 463, § 1.0).

Contestando-se, o registro ficará suspenso enquanto o contestante não for considerado carecedor de direito, não presseguindo o oficial no processo de matrícula senão cinco dias depois de intimar ao contestante a sentença que houver julgado improcedente a oposição (art. 468, § 2.0) . Se contestado o pedido e recebida a contestação, a ação tem curso ordinário (art. 464)

Porém, uma vez contestado, dentro do prazo, o registro que poderia fazer-se, findo o prazo, mediante a sentença do art. 463, § 40 já não pode ser feito, O juiz tem de receber, ou não, a contestação. Se o juiz não recebe a contestação única, ou não recebe todas e ordena a matrícula, ao contestante ou contestantes é dado apelar da sentença, apelação que aliás tem efeito suspensivo, por força do art. 830, § 2?. As expressões —ordenará a matrícula)‘ apenas revelam o elemento de mandamento da sentença constutiva Diz o § 4º do art. 463: —Se não houver contestação ou não for recebida a que se oferecer, o juiz arbitrara a matrícula‖ Se não houve contestação, a sentença no procedimento edital, tem os mesmos efeitos que produziria se tivesse sido contestada por —todos‖ os citados. É extremamente impos caso ponto, Por se tratar de sentença constitutiva com outra *pessoa,* ou *compensão e incerta* O juiz não receberá a contestação, se fundada unicamente na ausência de provas legais de capacidade de qualquer dos antepossuidor do imóvel (art. 463, § 3,0) Mas pode dar prova da Incapacidade desde que essa infirme o titulo. Igual direito tem o órgão do Ministério Público

6.EFICÁCIA DA SENTENÇA. *A* sentença que julga —improcedente» a contestação (aliás é possível oposição de terceiro, nesse processo, art. 102, donde ser conveniente não se confundirem as duas ═afirmações‖ contrárias) é a em que não foi recebida, ou a em que foi julgada não provada a contestação (—procedente a ação‖). Aliás, dada a intervenção do órgão do Ministério Público, —improcedência da ação‖ e —procedência da contestação‖ não são co-extensivas

Diz o art. 464 do Código de Processo Civil: —Recebida a contestação, a ação seguirá o curso ordinário‖ O rito ordinário implica observância dos arte. 293-297 e 263-272 do Código de Processo Civil. A sentença é suscetível de apelação (artigo 820), em ambos os efeitos (arts. 830, §

2.0). A matrícula, sã se efetua depois de passar em julgado, se bem que o oficial, depois dos cinco dias do art. 463, § 2ª, possa —prosseguir‖ no —processo da matricula‖ A apelação suspende..() Processo ao da matricula é o processo administrativo do registro de ordem, maia material que jurídica. O registro Torrens submete o bem a regime especial A Publicidade está á base dele. o Decreto n. *451-E,* de 31 de maio de 1890, contém regras minuciosas, prolins, que tiram ao instituto a popularidade de que poderia gozar.

Por outro lado, não é assunto que pudesse prescindir de estudo especial e à parte. Mas Case excederia as raias que pautamos ao Tratado. Na arts. 75, diz o Decreto n. 451-E:

—Nenhuma ação de reivindicação será recebivel contra o proprietário de imóvel matriculado‘. E o § 1.0 insiste: —A exibição judicial do titulo ou outro ato de registro constitui obstáculo absoluto a qualquer litígio contra o conteúdo de tais documentos e contra a pessoa neles designada‖ Mas logo o § 2ª admite que se baseie na sentença criminal (arts. 70-73) a ação constitutiva negativa~ Grande vantagem do Registro Torrens que muito perdeu, em sua introdução no Brasil, pela falta de re-concepção de acordo com o *sistema juridicoo* brasileiro, está na transmissão do direito real de hipoteca e dos demais ânua reais por simples escrito de transferência ou averbação no verso do titulo.

Tudo indica que se deveria *repensar* o problema legislativo e tentar-se conceber em novos moldes o sistema de Robert Torrens. Conceber em novos moldes significa cana.. trair a figura com os elementos lógicos e técnicos do sistema jurídico do Brasil e *dentro* dele. Certa experiência que já tem, inquéritos sobre as razões de ser difícil praticar..as, sugestões de regras novas, que a economia rural brasileira aponte, a par de terminologia precisa, tudo isso poderia dar-nos ensejo de dotar o pais de lei útil e facilmente praticável.

O Registro Torres pode ser ainda mais útil do que é. Pode vir a se incrustar no sistema jurídico, em vez de ser, como até hoje, algo de colado a ele. Para essa incrustação pouco há a fazer-se, mas Case pouco exige finura de concepção e precisão na redação dos artigos da lei especial, de modo que haja unidade entre o que recebemos e o toda do sistema jurídico, romano..gente em suas origens, e no sentido mesmo das evoluções posterior.